Die Bankdepotgeschäfte

nach ihrer zivilrechtlichen Seite.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

kgl. bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Paul Adler

aus Aschaffenburg.

Berlin 1905.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Referent: Prof. E. Meyer.

Meinen Eltern.

Inhalt.

Seite

Literaturverzeichnis VI
Einleitung 1

I. Kapitel.

Die Grundlagen des Depotrechts.

§ 1. Die für die Depotgeschäfte geltenden gesetzlichen Bestimmungen 5
§ 2. Die Depotordnungen der Banken 18

II. Kapitel.

Die verschiedenen Arten der Depotgeschäfte.

§ 3. Gelddepositen und Effektendepots 22
§ 4. Die verschiedenen Arten der Depotgeschäfte nach ihrem wirtschaftlichen Zweck 25
§ 5. Die verschiedenen Arten der Depotgeschäfte nach der Art und Weise der Verwahrung 28
§ 6. Die verschiedenen Arten der Depotgeschäfte nach ihrer rechtlichen Natur 36
§ 7. Gemeinschafts- und Einzeldepots 53
§ 8. Freie und gesperrte Depots 55

III. Kapitel.

Die Depotverträge nach ihren einzelnen rechtlichen Beziehungen.

§ 9. Die Entstehung der Effektendepots 58
§ 10. Die Entstehung der Effektendepots auf Grund von Kommissionsverträgen insbesondere 62
§ 11. Die bei Begründung von Depotverträgen gebräuchlichen Urkunden 84
§ 12. Die Pflichten des Verwahrers und Rechte des Hinterlegers . . 92
§ 13. Die Rechte des Verwahrers und Pflichten des Hinterlegers . . 101
§ 14. Die Beendigung der Depotverträge 130

Literatur-Verzeichnis.

Risser, Dr., Das Bankdepotgesetz. Berlin 1897, Verlag von Otto Liebmann

Lusensky, Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Berlin 1896, J. Guttentag.

Kunreuther, Dr., Das Börsengesetz und Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Berlin 1896, Siemenroth und Troschel.

Apt, Dr., Depotgesetz. Berlin 1896, R. v. Deckers Verlag.

v. Pechmann, Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Erlangen 1897, Palm & Enke.

Schweyer, Dr., Die Bankdepotgeschäfte in geschichtlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung. München 1899, J. Schweitzer Verlag.

Stenglein, Das Bankdepotgesetz in seinem Werke: Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches, S. 246 ff.

Koref, Leo, Die verschiedenen Arten von Depots an Wertpapieren, juristisch charakterisiert mit besonderer Rücksicht auf das Depotgesetz. Erlanger Dissertation 1898.

Wulf, Heinrich, Ueber die verschiedenen Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Tübinger Dissertation 1899.

Goldschmidt, Börsen und Banken, in den Preussischen Jahrbüchern, 1891 S. 876 f.

Verhandlungen des XXII. Deutschen Juristentages. Gutachten von Lesse und Goldschmidt über die Frage: Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sogenannten Bankdepotgeschäfte und eine Sonderung der verschiedenen Arten, Bd. I S. 386 f. und S. 401 f. Ferner 2. Sitzung der II. Abt. v. 8. Sept. 1893 Bd. IV S. 173 f.

Strohal, Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sogenannten Bankdepotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten. Vortrag, gehalten auf dem XXII. Deutschen Juristentage, abgedruckt in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, II. Jahrg. 1893 Nr. 21 und 22.

v. Schey, Das Bankdepotgesetz, in Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, V. Jahrg. 1896 Nr. 3.

— Obligationsverhältnisse, Bd. I S. 376—393.

Ofner, Dr., Das irreguläre Deposit, in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Jahrg. 1892 Nr. 6 S. 51 f.

Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins 1892:

Heft 1: Zur Reform des Bankdepotwesens. 2 Vorträge, gehalten von Dr. Goldschmidt und Justizrat Lesse.

Heft 2: Verhandlungen des Berliner Anwaltvereins über das Bankdepotwesen in der Sitzung vom 18. Februar 1892.

Verlag von Siemenroth & Worms.

Endemann, Das Depotgesetz in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. II: Nr. 20.

— Handbuch des Deutschen Handelsrechts, 1885 Bd. III Abschn. II Die Kreditgeschäfte, von Cohn und Grünhut, darunter insbesondere Das Depositengeschäft S. 884 f.

Reinhold, Wo bleibt der Schutz des Publikums bei dem Depotgesetze? Berlin 1896, Emil Apolant.

Korrespondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin vom 13. Jan. 1892: Zur Frage des Depots im Fonds- und Effektenverkehr.

Wiener, Dr., in der Nationalzeitung vom 11. und 12. Dezember 1891.

Frankfurter Zeitung:

Artikel vom 26. und 27. November 1891.

Artikel vom 15. Juli 1903: Herausgabe von Bankdepots an Erben.

Artikel vom 17. Dezember 1903 und 14. Januar 1904: Gemeinschaftsdepots an Wertpapieren.

Drucksachen des Deutschen Reichstages:

8. Leg.-Per., I. Sess. 1890/1892 Nr. 531, Antrag Cuny.

9. Leg.-Per., IV. Sess. 1895/1897 Nr. 14, Entwurf eines Börsengesetzes und eines Depotgesetzes mit Begründung, auch abgedruckt in: Sammlung amtlicher Veröffentlichungen aus dem Reichs- und Staatsanzeiger, 1895 Nr. 27. Karl Heymanns Verlag.

9. Leg.-Per., IV. Sess. 1895/1897 Nr. 342, Bericht der Kommission über den Depotgesetzentwurf und Verhandlungen des Plenums.

Dürr, Alfred, Die Unterschlagung von Wertpapieren und die strafbaren Handlungen des Depotgesetzes. Würzburger Dissertation 1902.

Häring, Die Strafbestimmungen des sogenannten Depotgesetzes im Verhältnisse zu den Begriffen der Unterschlagung und des Bankerutts. Tübinger Dissertation 1899.

Endemann, Dr. A., Das moderne Börsenkommissionsgeschäft im Effektenverkehr. Berlin 1895, Franz Vahlen.

Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 47 1898.

Adler, Dr. Karl, Das österreichische Lagerhausrecht. Berlin 1892, Karl Heymanns Verlag.

Sachs, Getreideniederlagen, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XVIII S. 478 f.

Heinrici, Dr., Die Verträge über Benützung von Schrankfächern in Stahlkammern, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Jahrg. 1900 S. 820f.

Brückner, Welches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn ein Bankier Tresorfächer in seiner Stahlkammer an Geschäftsfreunde zur Aufbewahrung von Wertpapieren überlässt? In der Zeitschrift „Das Recht", 1902 S. 251f.

Ueber die gleiche Frage:

Hahnke, in der Deutschen Juristenzeitung Bd. V S. 389, und

Willutzki, in der Deutschen Juristenzeitung Bd. V S. 294.

Wettstein, Georg, Das Kassenschrankgeschäft. Bern 1903, A. Franke.

Valery, De la location des coffres-forts in Revue générale de droit. 27. Jahrgang, 5. Lieferung.

Kohler, Der Dispositionsniessbrauch, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. XXV S. 310f.

Neumann-Hofer, Dr., Depositengeschäfte und Depositenbanken. Leipzig 1894, C. F. Winter.

Schnapper, Dr., Zur Entwicklung des englischen Depositenbankwesens. Züricher volkswirtschaftliche Studien 1900, 1. Heft. Albert Müllers Verlag.

Strauss, Cäsar, Unser Depositengeldersystem und seine Gefahren. Frankfurt 1892.

Obst, Der Depositen-Kontokorrent- und Scheckverkehr. Stuttgart 1898.

Salings Börsenpapiere, Bd. I 1903.

Weber, Die Ergebnisse der deutschen Börsenenquete, in Goldschmidts Zeitschrift, Neue Folge Bd. 29, III. Das Kommissionsgeschäft: 1. Das Effektenkommissionsgeschäft S. 29—74.

Systematische Darstellung der Geschäftsbedingungen von 20 Bankfirmen, Material der Börsenenquetekommission von Schey.

Rechtliche Natur des Depositenscheines nach österreichischem Rechte in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, 1892 Nr. 48/49 S. 450f.

Verhandlungen des 1. Allgemeinen Deutschen Bankiertages, Berlin und Frankfurt a. M. Verlag des Zentralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes, 1902.

Hoppenstedt, A., Die Haftbarkeit des Bankiers bei gestohlenen Wertpapieren. Berlin 1900, Karl Heymann.

Bondi, Die Berufspflichten des Bankiers. Berlin 1897.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Conrad, Elster, Lexis und Löhning. Jena 1902.

Wagner, Adolf, Lehrbuch der politischen Oekonomie. Leipzig 1892/1901.

Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft. Jena 1898.

Conrad, Grundriss zum Studium der politischen Oekonomie. Bd. I, Jena 1902.

Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich, 1903.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1900.

— Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Berlin 1903.

Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. München 1905.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Stuttgart 1899/1901.

Makower-Löwe, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1899/1904.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1903.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1903.

Engelmann A., Handels-, Wechsel- und Seerecht. Berlin 1899.

Lehmann, Handels-, Wechsel- und Seerecht, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1904.

Kaufmann, Emil, Handelsrechtliche Rechtsprechung. Hannover 1900/1904.

Mugdan-Hahn, Materialien zum Handelsgesetzbuch.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift 1897 (Guttentag).

Mugdan, B., Die gesamten Materialien zum B.G.B. Berlin 1899.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B.

Bd. I: Einleitung und Allgemeiner Teil von Löwenfeld und Riezler, 1904.

Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse von Mayring, Staudinger, Kober und Engelmann, 1898.

Bd. III: Sachenrecht von Kober, 1903.

Planck, Kommentar zum B.G.B.

Bd. I: Allgemeiner Teil, 1904.

Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1901.

Bd. III: Sachenrecht, 1901 und 1904.

Oertmann, Kommentar, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899.

Biermann, Kommentar, Das Sachenrecht, 1903.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte 1900.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I 1903, Bd. II 1904.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 1902/1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900/1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 1901.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, 1903.

Fischer und Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1904.

Neumann, Handausgabe des B.G.B., 1903.

Müller-Meichel, Das bürgerliche Recht, 1904.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.

Hachenburg, Das B.G.B. Vorträge. Mannheim 1900.

Habicht, Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. Jena 1901.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1902.
Seuffert, Kommentar zur Z.P.O., 1902/1903.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 1904.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 1901.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
— des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 34 Nr. 270, Bd. 36 Nr. 127, Bd. 39 Nr. 291.

Allgemeine Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank. Ausgegeben im November 1900.
Depotordnungen verschiedener in- und ausländischer Banken.

Einleitung.

Die Wertpapiere haben in unserer modernen Wirtschaftsorganisation eine stets wachsende Bedeutung gewonnen. Sie sind ein Hauptbestandteil des beweglichen Kapitals geworden. Der wachsenden Bedeutung entspricht das dringende Bedürfnis nach einer ordnungsgemässen und fachmännischen Behandlung und nach einer sicheren Aufbewahrung der Wertpapiere. Dieser Aufgabe haben sich von jeher die Banken gewidmet. Freilich ist die Aufbewahrung fremder Wertpapiere in den verschiedensten Formen nicht zu den eigentlichen Bankgeschäften, d. h. zu den Aktiv- und Passivgeschäften der Banken, zu rechnen, sondern nur zu den Banknebengeschäften oder den sogenannten Provisions- und Kommissionsgeschäften. Aber gerade diese letzteren haben in neuerer Zeit erheblich an Bedeutung gewonnen, insbesondere dadurch, dass die grossen Hypotheken- und Notenbanken, denen durch die moderne Bankgesetzgebung der Kreis der eigentlichen Bankgeschäfte sehr erheblich eingeschränkt worden ist, mit Eifer sich diesem Geschäftszweige zugewendet haben.

So waren z. B. Ende 1903 bei der Reichsbank 7096 verschlossene Depots, 295148 offene Depots im Nennwerte von 3101635885 Mark in 4518 verschiedenen Effektengattungen und 1144 Mündeldepots im Nennwerte von 26453731 Mark vorhanden. Hierfür hat die Reichsbank an Gebühren im Laufe des Jahres 1903 insgesamt 2396081 Mark 92 Pf. eingenommen und an Zinsen und Gewinnanteilen den Betrag von 116676890 Mark 12 Pf. eingezogen.

Der Verkehr hat für diesen Geschäftszweig die verschiedensten Formen herausgebildet. Es ist eine ganze Gruppe von Geschäften, welche heute unter dem Namen „Bankdepot-

geschäfte" zusammengefasst werden und es hat von jeher der Wissenschaft grosse Schwierigkeiten bereitet, die im wirtschaftlichen Verkehre entwickelten einzelnen Arten dieser Gruppe scharf voneinander zu scheiden und rechtlich zu charakterisieren. Auch im praktischen Bankverkehr entstanden mitunter Zweifel über die rechtliche Bedeutung der einzelnen Arten, namentlich über die Eigentumsverhältnisse, wozu allerdings die schwankende Rechtsprechung viel beitrug.

Als zu Anfang der neunziger Jahre infolge der wirtschaftlichen Krise der Zusammenbruch einer Reihe grosser Bankhäuser erfolgte und im Zusammenhange damit umfangreiche Depotunterschlagungen sich herausstellten, entstand eine starke Bewegung in Deutschland, welche eine gesetzliche Regelung der Depotgeschäfte, insbesondere einen Schutz des Publikums gegen die Depotunterschlagungen verlangte. Zahlreiche Abhandlungen in der Tages- und Fachpresse suchten die Ursachen der Krise zu erforschen und rieten alle möglichen Verhinderungsmittel für die Zukunft an, so die periodische Revidierung der Depotbestände der Banken seitens staatlicher Organe, die obligatorische genaue Publizierung der Depotbestände in bestimmten Zeiträumen seitens der Banken; man erhoffte auch Abhilfe durch Androhung von Zuchthausstrafe für Depotveruntreuungen, ohne sich jedoch vielfach über die Tragweite und den praktischen Wert solcher gewerbepolizeilichen und strafrechtlichen Normen klar zu sein.

Dem Verlangen nach einem schleunigen Eingreifen der Gesetzgebungsmaschine gab ein — allerdings nicht zur Verhandlung gelangter — Antrag des Reichstagsabgeordneten Dr. v. Cuny vom 20. November 1891 beredten Ausdruck.[1])

Es war hierin die Forderung aufgestellt: „Derjenige, welchem in seinem Geschäftsbetriebe Inhaberpapiere anvertraut sind, darf sie nur dann veräussern, wenn der Deponent ihm die Veräusserung speziell und ausdrücklich gestattet hat. Die Unterschlagung von Depots wird mit Zuchthaus bestraft."

Allmählich klärten sich die Ansichten über die Mängel

[1]) Vgl. Drucksachen des Reichstages, 8. Legislaturperiode 1. Session 1890/92 Nr. 531.

des bisherigen Rechtszustandes nach eingehender fachmännischer Diskussion in der Literatur[1]) und auf dem zweiundzwanzigsten deutschen Juristentage.[2])

Die Regierung beschloss, die gesetzliche Regelung des Bankdepotwesens bis nach Erledigung der am 6. April 1892 in Angriff genommenen Arbeiten der Börsenenquetekommission zu verschieben.

Diese Kommission legte nach $1^1/_2$jähriger Tätigkeit einen Bericht vor, auf dessen Grundlage ein Entwurf des Börsengesetzes am 3. Dezember 1895 dem Reichstage unterbreitet wurde. Gleichzeitig wurde dem Reichstage auch ein Entwurf eines Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vorgelegt, welcher im preussischen Ministerium für Handel und Gewerbe unter Mitwirkung von Reichs- und Landesverwaltungsbehörden ausgearbeitet, dann einer Anzahl von Sachverständigen zur gutachtlichen Aeusserung unterstellt und vom Bundesrat in einzelnen Punkten abgeändert worden war.

Den Entwürfen des Börsengesetzes und Bankdepotgesetzes war eine ausführliche Begründung beigefügt.[3])

Nach der ersten Lesung im Reichstage wurden beide Gesetzentwürfe an eine Kommission von 11 Mitgliedern verwiesen. Hier wurde der Depotgesetzentwurf eingehend durch-

---

[1]) Siehe insbesondere die Aufsätze von Prof. Dr. Goldschmidt „Börsen und Banken" in den preussischen Jahrbüchern 1891 S. 876 f.; Dr. Wiener in der Nationalzeitung vom 11. und 12. Dezember 1891; Frankfurter Zeitung vom 26. und 27. November 1891; Veröffentlichungen des Berliner Anwaltsvereins 1892 Heft 1, Vorträge des Dr. Julian Goldschmidt und Justizrat Lesse, Heft 2 „Verhandlungen über das Bankdepotwesen".

[2]) Siehe Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages Band I Gutachten des Justizrates Lesse S. 386 f., Gutachten des Dr. Goldschmidt S. 401 ff., und des Prof. Dr. Strohal, letzteres auch abgedruckt in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen II. Jahrgang 1893 Nr. 21 und 22; siehe ferner Band IV Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages S. 173 ff.

[3]) Siehe Drucksachen des deutschen Reichstages, 9. Legislaturperiode 4. Session 1895/97 Nr. 14, auch abgedruckt in Heymanns Sammlung amtlicher Veröffentlichungen Nr. 27 1895.

beraten und in manchen Punkten abgeändert. Das Plenum des Reichstages nahm dann in der zweiten und zugleich dritten Lesung das Gesetz in der von der Kommission beschlossenen Fassung fast ohne Debatte an. Das Bankdepotgesetz wurde hierauf am 5. Juli 1896 sanktioniert und in der am 16. Juli 1896 ausgegebenen Nummer 19 des Reichsgesetzblattes publiziert, wobei einige Versehen unterlaufen sind, auf die später noch zurückzukommen ist.

Das Bankdepotgesetz ist, wie seine Entstehungsgeschichte zeigt, ein durch die Erregung über die wirtschaftliche Krise zu Beginn der neunziger Jahre veranlasstes Gelegenheitsgesetz, welches die Abstellung der auf dem Gebiete des Depotwesens hervorgetretenen Mängel und den Schutz des unkundigen Publikums gegen Verluste deponierter Wertpapiere bezweckt. Diesem Zwecke entsprechend wurden auch einige strafrechtliche Bestimmungen in das Gesetz aufgenommen, insbesondere den Unterschlagungsbegriff ergänzende Normen. Nach dem Reichsstrafgesetzbuche konnten nämlich objektiv rechtswidrige Verfügungen über fremde, im Gewahrsam des Täters befindliche Sachen, bei denen die Absicht nicht auf Aneignung gerichtet war, namentlich objektiv rechtswidrige Verpfändungen, sofern nur der Verpfänder bei der Verpfändung die Absicht der Wiedereinlösung und die Ueberzeugung, dazu rechtzeitig imstande zu sein, besass, nicht unter den Tatbestand des § 246 R.St.G.B. subsumiert werden. Das Depotgesetz füllte diese Lücke aus, indem es für Fälle solcher Art durch seinen § 9 eine eigene Strafnorm feststellte. Ferner ist die Nichterfüllung der dem Bankier zur Sicherung des Eigentums auferlegten Verpflichtungen unter Strafe gestellt, aber nur für den Fall, dass sich daraus beim Konkurse oder bei der Zahlungseinstellung des Bankiers eine Benachteiligung der Deponenten ergeben hat (§ 10 Dep.-Ges.). Endlich hat der Gesetzgeber dem Verlangen nach Androhung von Zuchthausstrafe für Depotunterschlagungen in beschränkter Weise Rechnung getragen, indem er in § 11 Zuchthausstrafe für den Fall androht, dass durch Hinzutreten des Konkurses oder der Zahlungseinstellung des Täters die Veruntreuungen einen be-

sonders gemeingefährlichen Charakter annehmen und dass der Bankier die Unterschlagung im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und Ueberschuldung begangen hat.

Allein diese strafrechtlichen Bestimmungen sollen hier nur angedeutet werden. Gegenstand der nachfolgenden Erörterung soll lediglich die zivilrechtliche Seite der Bankdepotgeschäfte sein. Daneben ist auch die wirtschaftliche Seite, die ja die Grundlage der rechtlichen Bestimmungen bildet, in manchen Beziehungen zu berücksichtigen. Das soll aber nicht dazu führen, die wirtschaftliche Bedeutung und Wirkung des Bankdepotgesetzes als Ganzes, die seitens vieler Autoren ziemlich gering eingeschätzt wird, einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Das würde aus dem Rahmen dieser Darstellung, die sich insbesondere die Aufgabe gesetzt hat, den Begriff der Depotgeschäfte aus dem Kreise der übrigen Bankgeschäfte herauszuschälen und die mannigfachen Arten der Depotgeschäfte systematisch zu schildern, herausfallen.

Erstes Kapitel.

Die Grundlagen des Depotrechtes.

§ 1.

Die für die Depotgeschäfte geltenden gesetzlichen Bestimmungen.

Als Hauptquelle des geltenden Depotrechtes erscheint das Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (Depotgesetz) vom 5. Juli 1896.

Früher wurde vielfach angezweifelt, ob dieses Gesetz überhaupt rechtliche Geltung habe.[1]) Diese Zweifel stützten sich auf die Art und Weise der Publikation des Gesetzes. Da das Gesetz, das am 16. Juli 1896 publiziert wurde, einen Zeitpunkt für den Beginn seines Inkrafttretens nicht enthält, so war dies gemäss Artikel 2 der Reichsverfassung am 30. Juli 1896 der Fall. Nun erschien aber in dem Reichsgesetzblatte vom 23. Juli 1896 eine mit „Berichtigung“ überschriebene und nicht unterzeichnete Richtigstellung des Ge-

[1]) So z. B. Dr. Freund im Berliner Börsenkurier von 1896 Nr. 356.

setzestextes folgenden Inhalts: „In dem Texte des im 19. Stück des Reichsgesetzblattes für 1906 S. 183 abgedruckten Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 sind folgende Berichtigungen vorzunehmen:

1. Im § 1 ist im Absatz 1 Zeile 4 hinter „Banknoten“ einzufügen „und Papiergeld“ und im Absatz 2 Zeile 1 statt „das Recht und die Pflicht“ zu setzen „etwaige Rechte und Pflichten“, sowie in Zeile 3 statt „wird“ „werden“.

2. Im § 3 Absatz 1 Zeile 6 ist statt „eines Dritten“ zu setzen „einen Dritten“.“

Die erste Veröffentlichung ist allem Anscheine nach durch ein Versehen des Schriftführeramtes des Reichstages entstanden, indem dem Kaiser zum Vollzuge nicht der mit der Berichtigung übereinstimmende Text, wie er nach den von der Reichstagskommission gemachten Aenderungen des Regierungsentwurfes vom Reichstage angenommen worden war, vorgelegt wurde, sondern der in den von der Berichtigung angegebenen Punkten dem Regierungsentwurfe entsprechende Text.

Da man nun nach der herrschenden Lehre dem Richter ein Prüfungsrecht über die Gültigkeit der verkündeten Reichsgesetze einräumen muss,[1]) so behauptete man, infolge der, wenn auch nur in geringem Masse, unrichtigen Veröffentlichung sei das ganze Gesetz nicht in rechtsgültiger Weise veröffentlicht, und deshalb überhaupt ungültig, da eine nachträgliche, in formloser Weise erfolgte Berichtigung den ursprünglichen Mangel nicht heilen könne.

Diese Ausführungen sind jedoch im vorliegenden Falle nicht zutreffend. Von den drei durch die erwähnte Berichtigung herbeigeführten Aenderungen sind die beiden letzteren nur formeller Natur. Im § 3 handelt es sich lediglich um einen Druckfehler, den der Richter von Amts wegen hätte beseitigen müssen. Die Ausdrücke „das Recht und die

[1]) Vgl. Entscheidungen des R.G. Band 24 S. 3; anderer Ansicht Laband „Das Staatsrecht des Deutschen Reiches“ 3. Auflage Band I S. 537, abgekürzt wiederholt 4. Auflage Band II S. 52.

Pflicht des Verwahrers oder Pfandgläubigers“ und „etwaige Rechte und Pflichten des Verwahrers oder Pfandgläubigers“ haben im Zusammenhange des § 1 Abs. II eine durchaus identische Bedeutung. Es ist gänzlich ausgeschlossen, anzunehmen, der Gesetzgeber habe durch den Ausdruck, „das Recht und die Pflicht usw.“ sonst nicht bestehende Rechte und Pflichten des Verwahrers oder Verpfänders zu Verfügungs- oder Verwaltungshandlungen neubegründen wollen.

So bliebe nur die Einschaltung „und Papiergeld“ übrig. Aber auch diese Berichtigung ist unwesentlich, denn man würde nach dem ganzen Inhalt des Gesetzes sicherlich auch im Wege der Auslegung das Papiergeld von den Regeln des Gesetzes ausnehmen, denn das Depotgesetz betrifft nur Wertpapiere, das Geld ist von seiner Herrschaft ausgeschlossen und zum Gelde gehört zweifellos auch das Papiergeld.

Sonach ergibt sich, dass die Berichtigung an dem materiellen Inhalte des Depotgesetzes nichts geändert hat. Der Inhalt des Gesetzes würde auch ohne die Berichtigung so bestehen, wie er sich nach der Berichtigung herausgestellt hat. Es ist demnach, da das vom Reichstage und Bundesrat Gewollte in materieller Hinsicht auch publiziert worden ist, jedenfalls unrichtig, zu behaupten, infolge der formellen Abweichungen sei überhaupt kein gültiges Gesetz zustande gekommen.

Ob man nun den zuerst publizierten oder den nach der Berichtigung sich ergebenden Text als den formell rechtsgültigen hinnehmen will, ist nach den vorstehenden Ausführungen praktisch ohne Belang. Die Praxis hat sich auch in der Tat vollkommen darüber hinweggesetzt. Um aber auch diese Frage zu entscheiden, braucht man sich nur zu vergegenwärtigen, dass die im Reichsgesetzblatte befindlichen Veröffentlichungen insgesamt, also auch die Berichtigung, unter Verantwortlichkeit des Reichskanzlers stehen. Der Reichskanzler hat durch die Berichtigung unter seiner Verantwortlichkeit dokumentiert, dass das Depotgesetz in dieser Form vom Reichstage angenommen wurde, vom Bundesrate also auch nicht in anderer Weise sanktioniert werden konnte,

und dass der Kaiser die Publikation auch nur in dieser Form beabsichtigt hatte, und mit der Berichtigung der unrichtigen Publikation einverstanden war. Danach ergibt sich, dass der Gesetzestext auch formell so zu Recht besteht, wie er sich nach der Berichtigung ergibt.[1])

Auch das Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 und des Bürgerlichen Gesetzbuches hat an dem rechtlichen Bestande des Depotgesetzes keine Aenderung hervorgerufen. Das Depotgesetz ist ein Spezialgesetz für bestimmte Verwahrungs-, Verpfändungs- und Kommissionsverträge, geht sonach den allgemeinen Vorschriften des H.G.B. und B.G.B. über diese Verträge vor und steht mit ihnen nicht im Widerspruch (vgl. Art. 2 Einf.-Ges. z. H.G.B., Art. 32 Einf.-Ges. z. B.G.B.).

Was nun diese Spezialbestimmungen des Depotgesetzes anlangt, so sind zunächst Normen gewerbepolizeilicher Art über die Verpflichtung des Verwahrers zur gesonderten Aufbewahrung und gesonderten Buchung fremder Wertpapiere getroffen, Ausnahmen von den hiefür normierten Regeln aufgestellt und Strafen für den Fall der Uebertretung dieser Regeln angedroht. Daran anschliessend enthält das Depotgesetz Ordnungsvorschriften für den Kommissionshandel in Wertpapieren, sowie straf- und zivilrechtliche Folgen für den Fall deren Uebertretung. Ferner trifft das Depotgesetz für den Fall der Mitwirkung mehrerer Bankiers an einem Depot- oder Kommissionsgeschäfte eine Bestimmung über die Einschränkung des Pfand- und Zurückbehaltungsrechtes. Endlich enthält es noch die in der Einleitung bereits erwähnten ergänzenden strafrechtlichen Normen.

Hieraus ersehen wir, dass das Depotgesetz nur einige wenige Punkte des Depotrechtes in den Kreis seiner Behandlung gezogen hat. Die vielen in diesem Gesetze nicht behandelten Rechtsverhältnisse der Depotgeschäfte bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. und subsidiär nach den Normen des B.G.B.,[2]) insbesondere nach den

[1]) Vgl. Entscheidungen des R.G. Band 41 S. 34f.; Entscheidung des Kammergerichts in D.J.Z. 1897 S. 366.

[2]) Vgl. Artikel 2 Einführungsgesetz zum H.G.B.

im 12. Titel (§§ 688—700) aufgestellten Vorschriften über Verwahrung.

Streng genommen lässt sich gar nicht sagen, dass H.G.B. und B.G.B. die Lücken des Depotgesetzes ausfüllen, sondern letzteres bildet nur eine Ergänzung und Fortsetzung der in ersteren aufgestellten rechtlichen Grundsätze. Das Depotgesetz hat die materiellrechtlichen Grundlagen der Depotgeschäfte unverändert gelassen und nur Rechtsvermutungen und Ordnungsvorschriften an diese Grundlagen geknüpft. Mit dem Inkrafttreten des H.G.B. und B.G.B. wurden diese materiellrechtlichen Grundlagen neu geregelt, aber die daran sich anknüpfenden, vom Depotgesetz normierten Folgerungen blieben trotz veränderter Grundlage unverändert bestehen.

Was nun das Geltungsgebiet des Depotgesetzes im einzelnen anbelangt, so findet dasselbe nach seinem § 1 nur auf Kaufleute, welche im Betriebe ihres Handelsgewerbes gewisse Arten von Wertpapieren unverschlossen oder zur Verwahrung oder als Pfand übergeben sind, Anwendung. Das Gesetz gilt sonach nicht lediglich für Bankiers, sondern für Kaufleute ganz allgemein. In der Folge wird der Kürze halber meistens nur von Bankiers gesprochen, darunter sind dann immer die anderen Vollkaufleute, die im Betriebe ihres Handelsgewerbes Depotgeschäfte abschliessen, mitzuverstehen.

Keine Anwendung dagegen findet das Depotgesetz auf die sogenannten Minderkaufleute. § 13 des Depotgesetzes sagt ausdrücklich, das Gesetz findet auf diejenigen Klassen von Kaufleuten keine Anwendung, für welche gemäss Art. 10 des H.G.B. die Vorschriften über die Handelsbücher keine Geltung haben. An Stelle des Art. 10 des alten H.G.B. ist jetzt der § 4 des neuen H.G.B. massgebend. Hiernach haben die Vorschriften über Handelsbücher keine Geltung für Handwerker uud Kleingewerbetreibende, also für die sogenannten Minderkaufleute. Für die Vollkaufleute ist das Depotgesetz nicht schlechthin massgebend, sondern nur dann, wenn sie Depotgeschäfte im Betriebe ihres Handelsgewerbes abschliessen. So finden z. B. die Bestimmungen des Depotgesetzes keine Anwendung, wenn ein Kaufmann die Wertpapiere seines

Freundes aus Gefälligkeit kurze Zeit in seiner Wohnung aufbewahrt oder wenn einem Kaufmanne als Sicherheit für seinen Erbteil Wertpapiere verpfändet werden. In beiden Fällen handelt es sich nicht um Geschäfte, die im Betriebe des Handelsgewerbes des Kaufmanns entstanden sind.

In der Praxis sind allerdings Verpfändungen und Deponierungen von Wertpapieren in offenem Zustande bei einem Kaufmann, die nicht unter das Geltungsgebiet des Depotgesetzes fallen, selten. Derartige Geschäfte werden ja in weitaus den meisten Fällen von Bankiers gewerbsmässig abgeschlossen und selbst, wenn sie von Kaufleuten, die nicht gewerbsmässig Bankiergeschäfte betreiben, im Betriebe ihres Handelsgewerbes betätigt werden, fallen sie gemäss §§ 343 und 1 Abs. II Ziffer 4 H.G.B. unter die Bestimmungen des Depotgesetzes. So findet z. B. das Depotgesetz Anwendung, wenn einem Eisenhändler für seine Forderung aus Warenlieferungen Wertpapiere als Pfand übergeben werden, oder wenn ein Spezereiwarenhändler auf einem kleinen Platze nebenbei sich mit der Verwahrung und Verwaltung fremder Wertpapiere befasst. Jedenfalls obliegt dem Kaufmanne, der sich darauf berufen will, dass die Bestimmungen des Depotgesetzes auf ein spezielles Geschäft keine Anwendung finden, die Beweislast, denn im Zweifel gelten alle von einem Kaufmanne vorgenommenen Geschäfte als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig (§ 344 H.G.B.).

Das Bankdepotgesetz findet selbstverständlich auch auf die Handelsgesellschaften, welche den Kaufleuten gleichgestellt sind,[1]) wie offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Anwendung. Auch diejenigen Bankanstalten, bei denen das Reich oder ein Bundesstaat Geschäftsinhaber ist, wie z. B. bei der Kgl. Bank in Nürnberg und deren Filialbanken, und bei der preussischen Seehandlung, oder die Rolle eines Geschäftsleiters einnimmt, wie z. B. bei

[1]) Vgl. § 6 H.G.B.; § 17 Absatz II Gen.-Ges.; § 13 Absatz III Ges. betr. G. m. b. H.

der Reichsbank, sind den Bestimmungen des Depotgesetzes unterworfen. Derartige Unternehmungen brauchen sich zwar nicht in das Handelsregister eintragen zu lassen (§ 36 H.G.B.), aber sie haben infolge ihres Betriebes Kaufmannseigenschaft und sind deshalb verpflichtet, die im Depotgesetze getroffenen Anordnungen zu befolgen. Reichsrechtlich könnten für derartige Unternehmungen Spezialvorschriften aufgestellt werden. Solche bestehen aber tatsächlich nur bezüglich der inneren Organisation und des inneren Geschäftsbetriebes; die Bestimmungen des Depotgesetzes werden dadurch nicht berührt. Die Landesgesetzgebung ist nicht in der Lage, für die Depotgeschäfte derartiger Unternehmungen materiell rechtliche Normen aufzustellen (vgl. Art. 15 f. Einf.-Ges. z. H.G.B.). Sie kann nur Bestimmungen über die innere Organisation und den inneren Geschäftsbetrieb treffen. Nur bezüglich der öffentlichen Hinterlegungsstellen besteht eine Ausnahme. Gemäss Art. 144—146 Einf.-Ges. zum B.G.B. ist der Landesgetzgebung die gesetzliche Regelung des Hinterlegungswesens auch in materiell-rechtlicher Weise überlassen. Von dieser Ermächtigung haben auch die Bundesstaaten Gebrauch gemacht.[1])

Dem Depotgesetze sind dagegen nicht unterworfen sonstige staatliche Behörden, d. h. Behörden, die nicht Banken sind, wenn sie fremde Wertpapiere in Verwahrung haben, bespielsweise die ihrer Beamten als Kaution. Hier handelt es sich nicht um Kaufleute. Auch für die staatlichen Postanstalten gelten die Bestimmungen des Depotgesetzes nicht. Im § 452 S. 2 H.G.B. ist allerdings nur bestimmt, dass die Postverwaltungen nicht als Kaufleute im Sinne des H.G.B. anzusehen seien, damit wollte aber jedenfalls ausgesprochen sein, dass sie auch nicht als Kaufleute im Sinne der handelsrechtlichen Reichsnebengesetze gelten.

Bisher war nur von der subjektiven Seite des Bankdepotgesetzes, d. h. von den Personen, für welche die Bestimmungen dieses Gesetzes Geltung haben, die Rede. Betrachten wir nun auch die objektive Seite, so finden wir, dass das Anwendungsgebiet des Bankdepotgesetzes durch seinen § 1 auf

[1]) Vgl. z. B. bayerische Hinterlegungsordnung vom 18. Dezember 1899.

die Fälle beschränkt ist, in denen Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare oder vertretbare andere Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung oder als Pfand übergeben werden.

Ausgeschlossen von dem Bereiche des Depotgesetzes ist Geld, gleichviel ob Bargeld oder Papiergeld, und Banknoten, welche rechtlich nicht Geld, sondern nur Anweisungen auf Geld sind, im wirtschaftlichen Verkehr aber dem Gelde völlig gleichgeachtet werden.

Dem Depotgesetze unterliegen sonach nur Wertpapiere und diese nur in dem vom Gesetze begrenzten Umfange. Unter Wertpapieren im Sinne des Depotgesetzes haben wir aber nicht den streng rechtlichen und formalistischen Begriff von Urkunden, welche das in ihnen verbriefte Recht derart verkörpern, dass dieses Recht nur demjenigen zusteht und von demjenigen ausgeübt werden kann, der die Urkunde innehat und dem sie auch rechtlich zusteht, zu verstehen, sondern einen wirtschaftlichen Begriff. Es fallen darunter auch solche Urkunden, welche lediglich nach den Regeln des wirtschaftlichen Verkehrs als Wertpapiere anzusehen sind und nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche auch als solche bezeichnet werden.[1]) Solche Wertpapiere im wirtschaftlichen Sinne können auch Legitimationspapiere sein, d. h. Urkunden, welche nur für den Beweis des von ihnen verbrieften Rechtes von Bedeutung sind, aber dieses Recht nicht wie die Wertpapiere im streng rechtlichen Sinne in sich verkörpern. Dass das Depotgesetz diesen wirtschaftlichen Begriff im Auge hat, ergibt sich ausser aus dem beabsichtigten Zwecke auch aus seinem Wortlaute. Das Gesetz zählt eine Reihe von Papieren besonders auf und fügt dann die allgemeine Klausel hinzu: „oder vertretbare andere Wertpapiere“ und drückt damit aus, dass es die besonders erwähnten Papiere auch als Wertpapiere auffasst. Diese besonders aufgezählten Papiere sind aber nicht ausschliesslich Wertpapiere im rechtlichen Sinne. So z. B. sind die Kuxscheine nicht als Wertpapiere im rechtlichen Sinne zu

[1]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 38 zu § 1.

betrachten,[1]) weil bei ihnen die Uebertragung des Rechtes an die Uebertragung des Papieres nicht immer geknüpft ist. Nach § 105 des preussischen Berggesetzes und Art. 127 des bayerischen Berggesetzes beispielsweise erfolgt die Uebertragung des Kuxrechtes durch schriftlichen Vertrag, ohne dass die Uebertragung des Kuxscheines hierzu erforderlich wäre. Es besteht nur eine obligatorische Verpflichtung für den Veräusserer, dem Erwerber des Kuxrechtes den Kuxschein auszuhändigen. Es lässt sich aber nicht bestreiten, dass der Kuxschein ein Wertpapier im wirtschaftlichen Sinne ist.

Unter den besonders aufgeführten Wertpapieren sind auch die Erneuerungsscheine (Talons) erwähnt. Diese sind Urkunden, auf Grund deren den Inhabern von Schuldverschreibungen oder Aktien neue Kupons- oder Dividendenbogen ausgehändigt werden. Sie sind nicht Träger dieses Bezugsrechtes, sondern haben lediglich den Zweck, im Interesse der Verkehrserleichterung ihren Besitzer als den Besitzer der zugehörigen Aktie oder Schuldverschreibung zu legitimieren. In Kollisionsfällen sind die neuen Kuponbogen nicht dem Inhaber des Talons, sondern dem Inhaber der Aktie oder Schuldverschreibung auszuhändigen, wie dies durch § 230 H.G.B. bezüglich der Aktien ausdrücklich bestimmt ist und bezüglich der Schuldverschreibungen in analoger Weise zu gelten hat. Träger des Bezugrechtes ist sonach die Aktie oder Schuldverschreibung. Der Talon ist nur Legitimationspapier, aber nicht Wertpapier im rechtlichen Sinne (vgl. Staub, Komm. z. H.G.B. § 213 Note 12; Entsch. d. R.G. Bd. 31 S. 147; Dernburg II S. 345). Im wirtschaftlichen Sinne dagegen ist der Talon ein Wertpapier.

Daraus ergibt sich, dass dem Depotgesetz der Begriff des Wertpapieres im wirtschaftlichen Sinne zugrunde liegt.

Die im Gesetze speziell genannten Papiere unterliegen dem Depotgesetze ohne Rücksicht darauf, ob sie vertretbar oder nicht vertretbar sind, die andern Papiere aber nur als vertretbare.

---

[1]) Anderer Meinung Entscheidungen des R.G. Band 54 S. 350.

Risser[1]) hat aus der „erschöpfenden“ Aufzählung im § 1 des Depotgesetzes mit der Generalklausel „oder vertretbare andere Wertpapiere“ geschlossen, dass Objekte der Vorschriften des § 1 überhaupt nur vertretbare Papiere sein können, also auch die besonders aufgezählten nur spezielle Arten von vertretbaren Wertpapieren seien. Risser bezieht demnach das Wort „vertretbar“ auf alle Wertpapiere und behandelt die Vertretbarkeit als eine vom Gesetzgeber vorausgesetzte Eigenschaft.

Wenn diese Ansicht richtig wäre, dann würden Namensaktien als nicht vertretbare Wertpapiere konsequenterweise nicht unter die Vorschriften des Depotgesetzes fallen, sondern nur Inhaberaktien.[2])

Die Ansicht Rissers würde richtig sein, wenn es im Gesetze hiesse: „oder andere vertretbare Wertpapiere“. Damit wäre ausgedrückt, dass auch bei den besonders aufgeführten Vertretbarkeit Voraussetzung sein solle. Das Gesetz sagt aber: „vertretbare andere Wertpapiere“ und lässt nach diesem seinem Wortlaute keine andere Deutung zu, als dass die besonders aufgezählten Papiere schlechthin unter seine Wirksamkeit fallen, die übrigen aber nur, wenn sie vertretbar sind. Die Unrichtigkeit der Begründung von Risser, die besonders aufgezählten Papiere seien nur als Spezialarten von vertretbaren Wertpapieren genannt, ergibt sich des ferneren am Besten daraus, dass die mitaufgezählten Interimsscheine[3]) und Kuxscheine[4]) stets nur auf Namen lauten können, also nicht vertretbar sind. Man kommt deshalb logischerweise zu dem Schlusse, dass auch Namensaktien unter das Depotgesetz fallen, da im Gesetze sich kein Anlass findet, zwischen Namens- und Inhaberaktien hier zu unterscheiden.

Konossements, Ladescheine, Lagerscheine, Lagerpfandscheine (Warrants), Wechsel, auch wenn sie in blanko geriert sind, Versicherungspolicen unterstehen nicht den Bestimmungen

---

[1]) S. 12.

[2]) Inkonsequent Risser S. 12 Note 2.

[3]) § 179 Absatz II H.G.B.

[4]) Artikel 125 Absatz IV bayerisches Berggesetz.

des Depotgesetzes, da diese Papiere weder besonders aufgezählt noch vertretbar sind.

Bezüglich der Schuldverschreibungen, d. h. derjenigen Wertpapiere, für welche im Gegensatz zu den Aktien ein festes Zinserträgnis bestimmt ist, ist nach dem Depotgesetze ein Unterschied zu machen. Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber lauten, oder als Namenspapiere durch Indossament übertragbar sind, fallen unter seine Wirkungen, die übrigen dagegen nicht.

Dividendenscheine und Zinsscheine (Kupons) gehören stets zu den auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen, sind also stets den Bestimmungen des Depotgesetzes unterworfen.

Wenn daher die Mäntel von Schuldverschreibungen, die auf Namen lauten und nicht indossierbar sind, gesondert von den zugehörigen Kuponsbogen aufbewahrt werden, wie dies aus Sicherheitsgründen vielfach geschieht, so sind bezüglich der Kuponsbogen die Vorschriften des Depotgesetzes einzuhalten, bezüglich der Mäntel dagegen nicht. Werden die Mäntel und die Kuponsbogen solcher Schuldverschreibungen gemeinsam aufbewahrt, dann sind die Kuponsbogen Zubehör der Mäntel, gleichgültig, ob sie mit diesen fest verbunden, oder nur in dieselben eingelegt sind, unterliegen daher demselben rechtlichen Schicksale wie die Mäntel, d. h. sie sind dann ebenfalls von den Wirkungen des Depotgesetzes ausgegenommen.

v. Pechmann[1]) führt mit Recht an, dass auch die Anteilsscheine der Reichsbank vom Geltungsbereiche des Depotgesetzes ausgenommen sind, da diese zwar den durch Indossament übertragbaren Namensaktien so nahe wie möglich verwandt, aber doch nicht als Aktien anzusehen und unter die anderen „vertretbaren“ Wertpapiere nicht unterzubringen sind.

Auch die Anteilsscheine der Gesellschaft m. beschr. H. fallen nicht unter die Wirkungen des Depotgesetzes. Sie sind

---

[1]) S. 4.

zwar Wertpapiere im wirtschaftlichen Sinne,[1]) aber sind nicht besonders aufgezählt und nicht vertretbar.

Weitere Einschränkungen bezüglich des Geltungsbereiches des Depotgesetzes sind nach der Art und Weise der Deponierung fremder Wertpapiere zu machen.

1. Das Depotgesetz findet nur dann Anwendung, wenn die Wertpapiere unverschlossen deponiert werden. Das verschlossene Depot und das Tresordepot ist nach den allgemeinen Grundsätzen des H.G.B. und B.G.B. zu beurteilen. Das Depotgesetz hat entsprechend seiner Absicht, die im Depotwesen hervorgetretenen Missstände zu beseitigen, auf eine Regelung der verschlossenen Depots, bei denen derartige Missstände nicht zutage getreten sind, verzichtet.

2. Als weitere Voraussetzung der Anwendbarkeit des Depotgesetzes muss noch hinzukommen, dass die Deponierung zum Zwecke der Verwahrung oder Verpfändung erfolgen muss. Die Verwahrung oder Verpfändung muss also, wenn die Bestimmungen des Depotgesetzes eingreifen sollen, den alleinigen oder doch den Hauptzweck des Vertrages bilden. Auch infolge anderer Verträge kann eine Verwahrungspflicht oder ein Pfandrecht begründet sein, so z. B. bei Kauf-, Darlehns- oder Transportverträgen. Aber jene gelegentlich eines anderen Vertrages entstehende Verwahrungspflicht ist, selbst wenn es sich hierbei um die in § 1 des Depotgesetzes erwähnten Wertpapiere handelt, nach den Vorschriften desjenigen Vertrages zu beurteilen, aus welchem diese Verwahrungspflicht folgt. Für den Fall, dass ein Depot auf Grund eines Kommissionsvertrages entsteht, sind Spezialvorschriften im Depotgesetze getroffen, auf welche später noch zurückzukommen ist.

Was dem örtlichen Geltungsbereich des Depotgesetzes anbelangt, so findet dieses auf sämtliche im Deutschen Reich bestehende Depotverhältnisse Anwendung ohne Rücksicht auf die Nationalität der dabei beteiligten Personen. Nur bezüglich der Form der Depotverträge kann auch im Inlande aus-

[1]) Nicht im rechtlichen Sinne (vgl. Entscheidungen des R.G. vom 5. Mai 1901 in J.W. 1901 S. 521; Staub, Kommentar zum Gesetz betreffend G. m. b. H. Note 2 zum Exkurs zu § 14).

ländisches Recht zur Anwendung kommen. Ein im Auslande abgeschlossener Depotvertrag ist gemäss Art. 11 Abs. I S. 2 Einf.-Ges. zum B.G.B. im Inlande als gültig zu behandeln, auch wenn das ausländische Recht die Gültigkeit an die Beobachtung der im Inlande erforderlichen Formvorschriften nicht knüpft. Das ist namentlich wichtig für die Abschliessung eines sogenannten uneigentlichen Verwahrungsvertrages, der nach § 2 Dep.-Ges. im Inlande grundsätzlich ausdrücklich und schriftlich abgeschlossen werden muss. Wird nun ein solcher Vertrag im Auslande formlos abgeschlossen, so behält er im Inlande seine Gültigkeit, wenn das betreffende ausländische Recht keine Formvorschrift für die Abschliessung derartiger Verträge aufstellt.

Auf die im Auslande bestehenden Depotverhältnisse ist das deutsche Recht nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes natürlich ausgeschlossen. Zweifel sind nur über die Frage entstanden, ob einem inländischen Bankier, der einem Ausländer fremde Wertpapiere zum Zwecke der Aufbewahrung, Veräusserung usw. ausantwortet, die im § 8 Dep.-Ges. bestimmte Mitteilungspflicht, dass die Papiere fremde seien, obliege. Darüber wird im § 13 dieser Darstellung eine bejahende Entscheidung getroffen werden.

Inwieweit die im Inlande abgeschlossenen Depotverträge im Auslande Geltung haben, hängt natürlich von den Bestimmungen des ausländischen Rechtes ab.

Die Frage nach dem zeitlichen Geltungsbereiche des Depotgesetzes ist praktisch wenig von Bedeutung, da das Depotgesetz schon seit 1896 in Geltung ist, sei aber doch der Vollständigkeit halber hier berücksichtigt. Die gewerbepolizeilichen Bestimmungen des Depotgesetzes finden auch auf solche Depots Anwendung, die bereits vor dem Inkrafttreten des Depots entstanden waren und seit dieser Zeit unverändert fortbestanden. Dagegen kommt den Bestimmungen der §§ 2—8 des Dep.-Ges. eine rückwirkende Kraft nicht zu. Die vor dem Inkrafttreten des Depotgesetzes entstandenen Depots sind unverändert bestehen geblieben, auch wenn sie in einer den Bestimmungen des Depotgesetzes nicht ent-

sprechenden Form abgeschlossen worden waren. Ferner bleiben die vor dem Inkrafttreten des Depotgesetzes bereits begründeten Pfand- und Zurückbehaltungsrechte unverändert bestehen, auch wenn sie nach den Vorschriften des Depotgesetzes nicht mehr zulässig sind. Es war auch nicht erforderlich, dass ein Kommissionär, der vor Inkrafttreten des Depotgesetzes einen Kommissionsauftrag ausführt und die betreffenden Papiere in Gewahrsam behielt, nach Inkrafttreten dieses Gesetzes seinem Komittenten ein Stückeverzeichnis übersandte. Praktisch ist das jetzt bedeutungslos.

§ 2.

Die Depotordnungen der Banken.

Für die rechtliche Beurteilung der Depotverträge sind neben den gesetzlichen die vertragsmässigen Bestimmungen massgebend, welche in der Regel in den Depotordnungen der Banken enthalten sind. Die Depotordnungen stellen die Summe der ein für allemal festgestellten Bedingungen auf, unter welchen die Bank einen Depotvertrag einzugehen bereit ist. Sie bilden die *lex contractus* der Depotverträge.

Damit die Depotordnung einer Bank die massgebende Grundlage für ein konkretes Depotverhältnis werde, ist natürlich eine diesbezügliche Willenseinigung zwischen der Bank und dem Deponenten erforderlich. Diese Willenseinigung kommt in der Regel dadurch zustande, dass die Bank ihrem Kunden, der mit ihr einen Depotvertrag abschliessen will, ein Exemplar ihrer Depotordnung übergibt und von diesem unterzeichnen und dadurch schriftlich anerkennen lässt. Aber auch ohne dass eine Unterzeichnung der Depotordnung oder eine sonstige ausdrückliche Anerkennung derselben stattgefunden hat, kann eine bestimmte Depotordnung doch für ein konkretes Depotverhältnis massgebend sein, dann nämlich, wenn den Umständen nach eine stillschweigende Anerkennung der in der Depotordnung enthaltenen Geschäftsbedingungen anzunehmen ist. Eine solche stillschweigende Anerkennung wird nach Handelsrecht schon dann als erfolgt gelten, wenn der Kunde, dem die Geschäftsbedingungen seitens der Bank

durch die Ueberreichung eines gedruckten Exemplars oder sonstwie mitgeteilt worden sind, oder der auf irgend eine andere Weise von diesen Bedingungen genaue und verlässige Kenntnis erhalten hat, selbst Kaufmann ist und ohne jeglichen Vorbehalt oder Bemängelung dieser Depotbestimmungen einen Depotvertrag mit der Bank abschliesst.

Die Depotordnungen sind selbstverständlich auch dann für das Depotverhältnis massgebend, wenn der Deponent sich den in denselben enthaltenen Bedingungen mündlich unterwirft. Andrerseits kann aber selbst nach Unterzeichnung der Depotordnung seitens eines Kunden, wenigstens seitens eines solchen, der nicht Kaufmann ist, der Nachweis erbracht werden, dass er von dem Inhalte dieser Depotordnung bei der Unterzeichnung keine Kenntnis gehabt hatte und bei Kenntnis ihres Inhalts den Depotvertrag nicht abgeschlossen hätte. Natürlich nützt ihm ein derartiger Beweis nur dann, wenn er den ferneren Nachweis liefert, dass seine Unkenntnis nicht auf einer Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beruht.

Die Aufstellung und Verbreitung einer Depotordnung seitens einer Bank ist noch kein Antrag zum Abschlusse von Depotverträgen, sondern lediglich eine unverbindliche Einladung der Bank, ihr gegenüber solche Anträge zu stellen. Wenn also jemand auf Grund der seitens einer Bank bekannt gemachten Geschäftsbestimmungen dieser gegenüber erklärt, er wolle bei ihr bestimmte Wertpapiere deponieren, so ist damit noch keine rechtliche Bindung für die Bank eingetreten. Es steht noch in ihrem freien Belieben, ob sie den Antrag annehmen oder denselben zurückweisen will. Dieses Zurückweisungsrecht steht ihr auch dann zu, wenn der Antrag genau mit ihren eigenen Bedingungen übereinstimmt und die Ausübung dieses Rechtes ist nicht an die Angabe von Gründen gebunden.

Jedoch muss die Bank dieses Zurückweisungsrecht unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, geltend machen. Ihr Schweigen gilt sonst gemäss § 362 Abs. I H.G.B. solchen Personen gegenüber, mit denen die Bank in Geschäftsver-

bindung steht, oder denen gegenüber sie sich zur Besorgung von Depotgeschäften angeboten hat,[1]) als Annahme des Vertragsantrages. Die Bank ist dann verpflichtet, die angebotenen Wertpapiere in Depot zu nehmen.

Treffen die Voraussetzungen des § 362 Abs. I H.G.B. nicht zu, hat sich aber die Bank zur Besorgung von Depotgeschäften öffentlich erboten, z. B. durch Inserate in der Zeitung, so ist sie gleichfalls verpflichtet, die Ablehnung eines ihr zugehenden Antrages auf Abschluss eines Depotvertrages dem Antragsteller unverzüglich anzuzeigen. Hier bewirkt aber die Nichterfüllung dieser unverzüglichen Anzeigepflicht nicht eine rechtliche Bindung der Bank, das Depotverhältnis einzugehen, sondern erzeugt nur gemäss § 663 B.G.B. eine Schadensersatzpflicht der Bank gegenüber dem Antragsteller.

Auch wenn der Bankier den Antrag auf Abschluss eines Depotvertrages unverzüglich ablehnt, hat er die allenfalls bereits ihm übersandten Wertpapiere auf Kosten des Antragstellers vor Schaden zu bewahren (§ 362 Abs. II H.G.B.).

Wenn man die Depotordnungen der Banken betrachtet, so fällt sofort deren Gleichmässigkeit auf; fast alle stimmen in den hauptsächlichsten Punkten überein. Im ganzen lassen die Depotordnungen die gesetzlichen Bestimmungen des Depotgesetzes, H.G.B. und B.G.B. unverändert bestehen und treffen nur Bestimmungen über den inneren Geschäftsbetrieb. Daneben finden sich die gesetzlichen Bestimmungen ergänzende Vorschriften über verschiedene Depotarten, Rechte und Pflichten der Bank und der Deponenten, über Entstehung und Endigung der Depotverhältnisse, über Depotgebühren, Depotscheine usw.

Die in den Depotordnungen enthaltenen Geschäftsbedingungen, welche für einen konkreten Depotvertrag massgebend sind, sind wie andere vertragsmässige Willenserklärungen wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung nach den Bestimmungen des B.G.B. (§ 119ff.) anfechtbar, und sofern sie gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen, nichtig (§§ 134, 138 B.G.B.).

---

[1]) Ein derartiges Anerbieten wird meist schon in der Uebersendung eines Exemplars der Depotordnung liegen.

Dazu kommt noch, dass nach § 10 des Börsengesetzes die Anwendung von Geschäftsbedingungen, welche gegen den kaufmännischen Anstand[1]) verstossen, ehrengerichtlicher Ahndung unterliegt, sobald auf deren Grundlage an der Börse Geschäfte abgeschlossen werden.[2])

Die Depotordnungen wirken natürlich nur für diejenigen Depots, welche auf Grundlage dieser Depotordnungen vertragsmässig zustande gekommen sind. Neu aufgestellte Depotordnungen haben keine Geltung für bereits vorher abgeschlossene Depotverträge. Die Bank kann sich aber, wie dies vielfach geschieht,[3]) das Recht vorbehalten, dass bei Aenderung der Depotordnung nach Ablauf der vereinbarten Depositalzeit der Hinterleger das Depot entweder zurückzieht oder sich den Bestimmungen der abgeänderten Depotordnung unterwirft. Hat sich aber die Bank vertragsmässig ganz allgemein das Recht einräumen lassen, ihre Depotordnung auch in den wesentlichen Punkten mit Wirksamkeit für bereits vorher abgeschlossene Depotverträge einseitig ändern zu können, so ist eine derartige Vereinbarung, welche den Hinterleger tatsächlich der Willkür des Bankiers auf Gnade oder Ungnade ausliefern würde, als gegen die guten Sitten verstossend, nichtig.

Viele Depotordnungen enthalten im Interesse der Banken die Bestimmung, dass wegen aller Streitigkeiten auf Grund des Depotverhältnisses die Gerichte am Sitze der betreffenden Bank zuständig seien. Eine derartige Vereinbarung ist, sofern nicht ein ausschliesslicher Gerichtsstand in Frage kommt, gemäss §§ 38 und 40 Z.P.O. zulässig.

---

[1]) „Kaufmännischer Anstand" ist ein engerer Begriff als „gute Sitten".

[2]) Vgl. Begründung zum Depotgesetzentwurfe in der Sammlung v. Heymann S. 39 Nr. 3.

[3]) Vgl. z. B. Reglement der bayerischen Hypotheken- und Wechselbank für geschlossene Depositen vom 1. Januar 1899 § 10.

Zweites Kapitel.

Die verschiedenen Arten der Depotgeschäfte.

§ 3.

Gelddepositen und Effektendepots.

Unter Depotgeschäft im weitesten Sinne versteht man die Hinterlegung von Wertsachen bei einem Dritten zum Zwecke der Aufbewahrung oder Sicherung. Die hinterlegte Wertsache selbst heisst Depot. Als Depots kommen im einzelnen besonders in Betracht Geld, Kostbarkeiten, Wertpapiere. Hinsichtlich des Geldes ist jedoch eine wichtige Einschränkung zu machen. Das Geld kann nur dann Gegenstand eines Depotgeschäftes sein, wenn es entweder verschlossen dem Verwahrer übergeben wird oder bei unverschlossener Hingabe die gesonderte Aufbewahrung der speziell hingegebenen Stücke vereinbart wird. In allen übrigen Fällen bedeutet die Hingabe fremden Geldes an einen Bankier nicht den Abschluss eines Depotvertrages, sondern eines sogenannten Depositengeschäftes.

Zwischen dem Depositengeschäfte und dem Depotgeschäfte hat sich im Laufe der Zeit ein weitgehender wirtschaftlicher und rechtlicher Unterschied herausgebildet. Um diesen Unterschied richtig würdigen und verstehen zu können, ist zunächst ein kurzer historischer Rückblick erforderlich. Das moderne Depositengeschäft ist zweifellos aus dem alten Depositengeschäfte entstanden, das geradezu die Wurzel ist, aus der sich das komplizierte, unser ganzes Wirtschaftsleben beherrschende Gefüge des modernen Bankwesens herausgebildet hat. Dieses alte Depositengeschäft war ein reiner Verwahrungsvertrag, welcher dadurch zustande kam, dass der Eigentümer des Geldes dieses einem Bankier, der infolge seiner Einrichtungen grössere Sicherheit gewährleistete, zur Verwahrung übergab. Dieser reine Verwahrungsvertrag von Bargeld war bei der bestehenden Rechts- und Verkehrsunsicherheit früherer

Zeiten volkswirtschaftlich ebenso notwendig, wie es heute die Verwahrung von Wertpapieren ist.

Bald hat sich aber der reine Verwahrungsvertrag dem Bedürfnisse der Zeit entsprechend wirtschaftlich und anschliessend daran auch rechtlich umgebildet. An die Verwahrung knüpfte sich, namentlich in den stark aufblühenden italienischen Städterepubliken des Mittelalters, die Funktion der Zahlungsvermittelung an. Personen, die bei dem gleichen Bankier Bargeld in Verwahrung gegeben hatten, leisteten ihre gegenseitigen Verbindlichkeiten nicht mehr durch Barzahlung, sondern dadurch, dass sie die zu zahlende Summe von dem Depot des Schuldners durch den Bankier wegnehmen und dem Depot des Gläubigers zufügen liessen. Diese Transaktionen wurden ursprünglich in natura vollzogen, bald aber erkannte man, dass der gleiche Effekt auch durch eine blosse Umschreibung in den Büchern des Bankiers zu erreichen sei, wenn man nur die Gelder sämtlicher Hinterleger gemeinsam aufbewahrte und die Anteile der einzelnen Hinterleger an dieser Gesamtsumme buchmässig auswies. Man verfuhr demgemäss auch so und konnte dies um so leichter tun, als das Geld eine vertretbare Sache ist und keine den einzelnen Stücken nach gesonderte Verwahrung erforderte.

Man sah auch ein, dass eine persönliche Anwesenheit der Hinterleger bei der Bank zum Zwecke der Uebertragung von Geld vom Depot des einen auf das des anderen nicht erforderlich sei, sondern dass eine diesbezügliche schriftliche Anweisung genüge. So entstand das Scheckwesen.

Solange die hinterlegten Gelder nur der Zahlungsvermittlung dienten, blieben diese auch im Eigentum der Hinterleger, wenn auch späterhin eine gesonderte Aufbewahrung des von jedem einzelnen hinterlegten Betrages nicht stattfand. Die Bank durfte die hinterlegten Gelder nicht für sich verbrauchen oder an Dritte weitergeben. Das änderte sich, als die Banken mit der Entwicklung der kapitalistischen Produktion auch die Organe der Kreditvermittlung wurden. Man erkannte nämlich, dass die bei den Banken hinterlegten und dort müssig lagernden Gelder der volkswirtschaftlichen Pro-

duktion nutzbar gemacht werden könnten. Die Banken erwirkten sich daher von den Hinterlegern gegen Zahlung einer Vergütung oder Gewährung sonstiger Vorteile, wie z. B. unentgeltliche Besorgung des Giroverkehres, das Verfügungsrecht über die hinterlegten Gelder und führten sie durch Diskontierung von Wechseln, Gewährung von Lombarddarlehen, Eröffnung von Buchkrediten oder auf andere Weise der wirtschaftlichen Produktion zu. Die Banken erhalten dafür von den Produzenten einen Zins und sind dadurch in der Lage, nicht nur auf eine Vergütung für die Verwahrung der hinterlegten Gelder zu verzichten, sondern umgekehrt den Hinterlegern für die Ueberlassung des Verfügungsrechtes einen Teil des Zinsertrages abzulassen. Die Folge ist, dass sehr viele Gelder, deren Inhaber sie selbst nicht produktiv verwenden können oder verwenden wollen, den Banken zuströmen, insbesondere die disponiblen Kassenbestände der Bankkunden.

So entwickelte sich allmählich das moderne Deposit — ein Deposit zur Benutzung. Das Eigentum an dem hinterlegten, — oder wie man jetzt eigentlich genauer sagen muss, eingezahlten — Geldern geht bei diesem Deposit auf die Bank über und der Einzahlende hat nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Bank, kraft dessen ihm auf Verlangen entweder jederzeit oder nach Ablauf einer vereinbarten Kündigungsfrist ein dem eingezahlten gleich grosser Geldbetrag zurückerstattet werden muss.

Das moderne Depositengeschäft trägt demgemäss jetzt seinen Namen, den es von früher her beibehalten hat, zu Unrecht. Es ist gar kein Hinterlegungsgeschäft, wie das alte Depositen- und das heutige Depotgeschäft, sondern es ist rechtlich nichts anderes als ein Darlehensvertrag. Diese rechtliche Konsequenz ist auch im B.G.B. gezogen. § 700 bestimmt, dass die Vorschriften über das Darlehen Anwendung finden, wenn vertretbare Sachen, also auch Geld, in der Weise hinterlegt werden, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren.

So sehen wir denn, dass das moderne Depositengeschäft wirtschaftlich und rechtlich von dem regulären Depotgeschäfte gänzlich verschieden ist. Ersteres ist rechtlich Darlehen, wirtschaftlich aktives Bankhauptgeschäft, letzteres rechtlich in den meisten Fällen Verwahrungsvertrag, wirtschaftlich als Kommissions- und Provisionsgeschäft Banknebengeschäft.

Hinsichtlich des Bargeldes hat das Depotgeschäft seine Bedeutung gänzlich verloren. An die Stelle des Bargeldes sind jetzt als wirtschaftlich wichtigstes Objekt des Depotgeschäftes die Wertpapiere getreten. Der Ausdruck „Depotgeschäft" wird infolgedessen vielfach nur für die Hinterlegung von Wertpapieren gebraucht. Depotgeschäft im engeren Sinne ist also identisch mit Depotgeschäft in Wertpapieren oder, wie man kürzer sagen kann, mit Effektendepotgeschäft.

Ist der Dritte, bei dem die Hinterlegung der Wertpapiere erfolgt, ein Bankier, dann liegt ein Bankdepotgeschäft vor — ein Depotgeschäft im engsten Sinne.

§ 4.

Die verschiedenen Arten der Depotgeschäfte nach ihrem wirtschaftlichen Zweck.

Depot im weitesten Sinne heisst jede hinterlegte Wertsache. Im engeren Sinne versteht man unter Depot nur die hinterlegten Wertpapiere und im engsten Sinne nur die bei einem Bankier zum Zwecke der Aufbewahrung, Verwaltung oder Deckung hinterlegten Wertpapiere. Nach dieser wirtschaftlichen Zweckbestimmung lassen sich verschiedene Grundtypen der Depotgeschäfte unterscheiden.

Die einfachste Form liegt vor, wenn einem Bankier Wertpapiere lediglich zur reinen Verwahrung übergeben werden. Es ist dies das sogenannte Depot zur Aufbewahrung.

Uebernimmt der Bankier ausser der Verpflichtung zur Aufbewahrung der ihm übergebenen Wertpapiere noch die Verwaltung dieser Papiere, dann liegt ein sogenanntes Depot zur Verwaltung vor.

Beide Arten lassen sich unter dem Namen „Bankverwahrungsvertrag" zu einer Gruppe zusammenfassen und bilden

als reiner Bankverwahrungsvertrag und als Bankverwahrungsvertrag mit Verwaltung Unterarten dieser Gruppe.

Dem Bankverwahrungsvertrage gegenüber steht der Bankverpfändungsvertrag. Dieser ist gegeben, wenn der Bankkunde seinem Bankier Wertpapiere als Sicherheit für dessen Forderungen gegen ihn, z. B. aus laufender Rechnung oder aus Kommissionsgeschäften, übergibt. Man spricht dann von einem Depot zur Deckung. Der Bankier soll durch das Depot für seinen dem Kunden eingeräumten Kredit gedeckt werden. Während der Bankverwahrungsvertrag eine Sicherung der Kunden gegen Einbruch, Feuersgefahr und Verluste, die dem mit dem Börsen- und Effektenwesen unkundigen Publikum drohen, bezweckt, verfolgt umgekehrt der Bankverpfändungsvertrag den Zweck, den Bankier wegen seiner Forderungen an den Kunden zu sichern.

In der Regel wird der Bankier, dem ein solches Depot zur Deckung eingeräumt ist, ausdrücklich oder stillschweigend auch die Verpflichtung übernehmen, die ihm als Pfand übergebenen Wertpapiere zu verwalten. Es liegt dann ein Bankverpfändungsvertrag mit Verwaltung vor, dem der seltener vorkommende reine Bankverpfändungsvertrag gegenübersteht.

Es ist zu beachten, dass in der Praxis oft eine scharfe Grenze zwischen Bankverwahrungsvertrag und Bankverpfändungsvertrag nicht gezogen werden kann. Beide Arten gehen vielfach ineinander über. Gewährt z. B. der Bankier einem Hinterleger auf dessen Depot zur Verwahrung einen Vorschuss, so verwandelt sich dieses Depot in ein Depot zur Deckung. Wird dann der vorgeschossene Betrag vollständig wieder zurückbezahlt, dann entsteht aus dem Depot zur Deckung wieder ein Depot zur Verwahrung.

In der Praxis kommt der Bankverwahrungs- oder Bankverpfändungsvertrag mit Verwaltung viel häufiger vor als der reine Bankverwahrungs- oder Bankverpfändungsvertrag. Man wird nicht fehlgehen zu sagen, dass in allen Fällen des offenen Depots eine Vermutung für ein Depot zur Verwaltung, d. h. für eine Verpflichtung des Verwahrers zu gewissen Verwaltungshandlungen spricht. Die Besitzer von Wertpapieren, welche

diese in unverschlossenem Zustande bei einer Bank hinterlegen, wollen von allen Arbeiten, die mit der ordnungsmässigen Verwaltung dieser Papiere verbunden sind, in der Regel befreit sein und sind auch vielfach gar nicht in der Lage, eine ordnungsmässige Verwaltung betätigen zu können. Ihre Absicht geht daher dahin, diese Arbeit auf die Banken gegen Zahlung einer Vergütung abzuwälzen.

Zur ordnungsmässigen Verwaltung, die die Bank mangels einer ausdrücklichen gegenteiligen Bestimmung zu betätigen hat, gehört die Abtrennung, Einziehung oder bestmöglichste Verwertung der fälligen Zins- und Dividendenscheine, die Ueberwachung der Auslosung, Kündigung oder Konvertierung von Wertpapieren, die Einlösung verloster oder sonst zur Rückzahlung gelangter Wertpapiere, der Bezug neuer Kuponsbogen und der Umtausch von Interimsscheinen in die definitiven Stücke, die Entgegennahme einmaliger oder ständig wiederkehrender Barzahlungen, z. B. von Hypothekenzinsen.

Die erwähnten Leistungen gewährleisten die Banken in der Regel ausdrücklich in ihren Depotordnungen. Aber selbst wenn eine ausdrückliche Bestimmung über den Umfang der der Bank obliegenden Verwaltungsleistungen fehlt, so wird man die vorstehend erwähnten Verwaltungsleistungen als das vereinbarte Mass bezeichnen können, für welches die Vermutung spricht.

Die Ausführung von Konvertierungen, die Vermittelung von Einzahlungen auf nicht voll bezahlte Wertpapiere, die Ausübung von Bezugsrechten, sowie die Versicherung gegen Kursverlust bei Auslosungen übernehmen die Banken dagegen nach der herrschenden Praxis nur nach ausdrücklichem und besonderem Auftrage des Hinterlegers. Dieser Praxis entsprechend besteht hier die Vermutung, dass der Bankier zu diesen Leistungen nicht verpflichtet sei, wenn es an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehlt.

Ganz vereinzelt lassen sich die Banken auch die generelle Ermächtigung erteilen, behufs Wahrnehmung der Interessen ihrer Kunden die für dieselben im Depot der Bank ruhenden Aktien in allen Generalversammlungen zu vertreten und das

Stimmrecht für dieselben auszuüben, sofern nicht der betreffende Deponent im Einzelfalle der Bank gegenteilige Weisung zugehen lässt. Das ist etwas ganz Besonderes, so dass man für das Bestehen einer derartigen Berechtigung und einer derartigen Verpflichtung des Bankiers mangels ausdrücklicher Vereinbarung keine Vermutung annehmen kann.

Mit der Aufbewahrung und Verwaltung von Wertpapieren ist in der Regel auch die Eröffnung einer laufenden Rechnung für den Hinterleger verbunden, auf welcher die fälligen Kuponsbeträge, sowie verloste und gekündigte Effekten dem Hinterleger, die Verwaltungs-, Lager- und Versicherungsgebühren, sowie sonstige Forderungen der Bank gutgeschrieben werden. Dieses so eröffnete Kontokorrentkonto ist in der Regel provisionsfrei und verzinslich. Dem Hinterleger werden Scheckformulare zur Verfügung gestellt, mit denen er von seinem Kreditsaldo kleinere Beträge sofort, grössere in der Regel unter Einhaltung einer kurzen Kündigungsfrist abheben kann, so dass tatsächlich der Hinterleger durch das Depot die Vorteile einer ständigen Bankverbindung geniesst.

Ob eine derartige, an das Depot sich anschliessende, Einrichtung der übereinstimmenden Parteiabsicht entsprochen hat, ist Tatfrage und im Streitfalle unter Berücksichtigung aller einschlägigen Umstände zu prüfen.

Besteht ausnahmsweise eine reine Verwahrungspflicht des Bankiers ohne Verwaltungspflicht, so muss dieser natürlich dem Kunden gestatten, dass derselbe die erforderlichen Verwaltungshandlungen an seinen Papieren selbst vornimmt.

§ 5.

Die verschiedenen Arten der Depotgeschäfte nach der Art und Weise der Verwahrung.

Bankverwahrungs- und Bankverpfändungsvertrag können in Gestalt des geschlossenen oder des offenen Depots vorkommen. Beim geschlossenen Depot werden die hinterlegten Wertpapiere in einem versiegelten Umschlage aufbewahrt, so dass dem verwahrenden Bankier jede Einwirkung auf die einzelnen in dem Umschlage befindlichen Stücke entzogen ist.

Beim offenen Depot dagegen sind die Wertpapiere des Hinterlegers in einem der Bank jederzeit frei zugänglichen Behältnis aufbewahrt. Hieraus ergibt sich, dass der Bankverwahrungs- oder Bankverpfändungsvertrag mit Verwaltung seinem wirtschaftlichen Zwecke entsprechend nur in der Form des offenen Depots möglich ist, der reine Bankverwahrungs- und Verpfändungsvertrag dagegen in beiden Formen.

Was nun die Praxis der verschlossenen Depots anbelangt, so nehmen die meisten Banken von dem Inhalte des verschlossenen Depots bei dessen Empfangnahme keine Kenntnis, verlangen aber eine deutliche Bezeichnung des Hinterlegers auf dem Umschlage und eine derartige Versiegelung des Umschlages, dass ohne Verletzung der Siegel nichts herausgenommen werden kann. Manche Banken verlangen eine Pauschalwertangabe aller im versiegelten Umschlage befindlichen Effekten, andere eine Angabe der Wertpapiere nach Gattung und Anzahl; einzelne stellen aus besonderer Vorsicht die Bedingung auf, dass das Depot im Geschäftslokale der Bank und in Gegenwart eines Depotbeamten versiegelt werden muss, andere begnügen sich damit, zu fordern, dass das Depot vom Hinterleger persönlich auf der Bank abzugeben ist und nicht durch die Post eingesandt werden darf.

Welche Bestimmungen im einzelnen rechtens sind, dafür sind die Depotordnungen oder sonstige Vereinbarungen massgebend. Eine allgemeine Regel lässt sich hier nicht aufstellen.

Bezüglich der Praxis der offenen Depots ist das nähere schon im vorstehenden Paragraph ausgeführt.

Eine Zwischenart zwischen offenem und verschlossenem Depot ist das sogenannte Tresordepot, welches heutzutage sehr verbreitet und beliebt ist. Die meisten Banken besitzen in ihren Kellern mit Stahl gepanzerte Kammern — sogenannte Tresors —, in welchen schmiedeeiserne Schränke mit verschliessbaren Fächern (Safes, coffres forts) sich befinden. Diese Schrankfächer stellen die Banken gegen eine nach der Raumgrösse des Faches bemessene, verhältnismässig geringe Gebühr ihren Kunden für die Aufbewahrung von Wertpapieren und sonstigen Wertsachen in der Weise zur Verfügung, dass diese

Fächer unter dem eigenen Verschlusse der betreffenden Kunden und dem Mitverschlusse der Bank stehen.

Die Banken haben sich den Mitverschluss gesichert, um eine bessere Kontrolle über die Berechtigung derjenigen Personen, welche den Zutritt zu den Schrankfächern begehren, ausüben zu können. Die Bank öffnet nicht eher das unter ihrem Verschlusse stehende Schloss am Tresorfach, bis der Tresorfachinhaber auf einem von der Bank bereitgehaltenen Formular seine Unterschrift abgegeben oder sich in sonstiger Weise legitimiert hat. Zur weiteren Sicherheit wird in der Regel dem Tresorfachinhaber seitens der Bank ein geheim zu haltendes Schlüsselwort (Passwort) angegeben, dessen Kenntnis Voraussetzung des Zutrittes ist.

In dem Schrankfache darf der Kunde keine anderen als die in der Depotordnung der Bank bezeichneten Sachen, insbesondere keine feuergefährlichen oder sonst die Einrichtung irgendwie gefährdenden Gegenstände aufbewahren. Die Banken haben sich in der Regel zum Zwecke der Sicherstellung dieser Bestimmung das Einsichtsrecht vorbehalten.

Die Verwaltung der in den Schrankfächern befindlichen Wertgegenstände obliegt dem Tresorfachinhaber. Die Bank hat gewöhnlich gar keine Kenntnis von deren Inhalt. Sie stellt dem Tresorfachinhaber im Tresorraum ein verschliessbares Gelass zur Verfügung, in welchem dieser die notwendigen Verwaltungsarbeiten vornehmen kann.

Die Stahlkammer ist nur zu den gewöhnlichen Geschäftsstunden der Bank geöffnet.

Man ist sich nun in der Literatur nicht einig, wie dieses, im vorstehenden nach seiner tatsächlichen Seite geschilderte Tresordepot rechtlich zu charakterisieren ist. Die einen wollen es als reinen Mietvertrag[1]) ansehen, andere als reinen Ver-

[1]) So Reichsgerichtsrat Brückner in seinem Anfsatze: „Welches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn ein Bankier Tresorfächer in seiner Stahlkammer an Geschäftsfreunde zur Aufbewahrung von Wertpapieren gegen Entgelt überlässt?“ im „Recht“ Jahrgang 1902 S. 251 ff. Auch die Geschäftsbedingungen der Banken sprechen in der Regel von einer Vermietung der Schrankfächer. Mit dieser Bezeichnung ist aber der juristischen Qualifikation nicht vorgegriffen.

wahrungsvertrag,[1]) wieder andere als eine Kombination zwischen Miet- uud Verwahrungsvertrag.[2])

Die Frage, welche Vertragsart vorliegt, ist praktisch nicht unwichtig. So kann z. B., wenn man einen Verwahrungsvertrag annimmt, der Bankier für den Fall, dass eine Zeitdauer für den Vertrag nicht bestimmt ist, die Rücknahme des Depots gemäss § 696 B.G.B. jederzeit verlangen. Liegt dagegen ein Mietvertrag vor, so kann er in diesem Falle dieses Recht nur nach Einhaltung der im § 565 B.G.B. normierten Kündigungsfristen geltend machen. Beim Vorliegen eines Mietvertrages würde der Abschluss eines Tresordepotvertrages, der für länger als ein Jahr gelten soll, nach §§ 566, 580 B.G.B. schriftlich erfolgen müssen. Der Verwahrungsvertrag dagegen erfordert diese Form nicht. Auch für die schwierige Frage, wie die Zwangsvollstreckung in den Tresorinhalt zu betätigen sei, ist es sehr wichtig, welche Vertragsart man annimmt. Liegt ein Mietvertrag vor, so müsste die Zwangsvollstreckung durch Mobiliarpfändung, d. h. durch Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher gemäss § 808 ff. Z.P.O. erfolgen. Liegt ein Verwahrungsvertrag vor, so könnte die Zwangsvollstreckung nur durch Erwirkung eines Beschlusses des Vollstreckungsgerichtes auf Pfändung des dem Hinterleger gegen den Verwahrer zustehenden Herausgabeanspruches gemäss §§ 829 ff. Z.P.O. betätigt werden.

Von einem reinen Verwahrungsvertrag kann bei dem oben geschilderten Tresordepot nicht die Rede sein. Nach § 688 B.G.B. erfordert der Verwahrungsvertrag

1. dass dem Verwahrer vom Hinterleger eine bewegliche Sache übergeben wird;

---

[1]) So Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes — „ein Verwahrungsvertrag mit eigentümlichen Nebenbedingungen"; Staub, Kommentar zum H.G.B., Exkurs zu § 424 Einl. S. 1503; Hanke in D.J.Z. Band V S. 389.

[2]) Dr. Heinrici spricht in seinem Aufsatze: „Die Verträge über die Benutzung von Schrankfächern in Stahlkammern" in Gruchots Beitr. Jahrgang 1900 S. 820 ff. von einem „gemischten Mietvertrag" und meint damit auch diese Kombination. Vgl. auch Willutzky in D.J.Z. Band V S. 294; Valery, „De la location des coffres-forts" in Revue générale de droit

2. dass der Verwahrer sich verpflichtet, die ihm übergebene Sache aufzubewahren.

Beide Voraussetzungen liegen beim Tresordepot nicht vor. Hier übergibt der Bankkunde die zu verwahrenden Wertsachen nicht dem Bankier, sondern legt sie selbst in das ihm von der Bank zugewiesene Tresorfach und erhält sich durch Verschliessen dieses Faches mit einem in seinen Händen verbleibenden Schlüssel, eventuell auch noch durch ein eigenes Vorlegeschloss, in beschränktem Umfange den unmittelbaren Besitz und die Verfügungsmacht über seine Wertpapiere. Nur wird dieser Besitz durch den Mitverschluss der Bank modifiziert. Er wird zum Mitbesitze zwischen Tresorfachinhaber und Bank, aber er bleibt immerhin ein unmittelbarer Besitz. Beim reinen Verwahrungsvertrage dagegen steht dem Hinterleger nur der mittelbare Besitz zu (§ 868 B.G.B.).

Auch die zweite Voraussetzung trifft nicht zu. Beim Tresordepot verpflichtet sich der Bankier nicht, die in das Tresor gelegten Stücke aufzubewahren, sondern er verpflichtet sich nur zur Erhaltung der einzelnen Tresorfächer, wie der ganzen Stahlkammer in feuer- und diebessicherem Zustande, zum Mitverschlusse des Tresorfaches und zu bestimmten Kontrollmassregeln. Beim Verwahrungsvertrag vertraut das Publikum insbesondere auf die Person des Verwahrers, beim Tresorvertrag dagegen auf die Sicherheit des zur Verfügung gestellten Raumes.

Der Tresordepotvertrag ist aber auch nicht mit einem reinen Mietvertrag identisch. Durch einen Mietvertrag wird der Vermieter nur verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren und in dem zum vertragsmässigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erhalten (§§ 535, 536 B.G.B.). Der Bankier aber muss das Tresorfach nicht nur zur Verfügung stellen und in gebrauchsfähigem Zustande erhalten, sondern auch sorgfältig überwachen und insbesondere kontrollieren, dass kein Unberechtigter über den Fachinhalt verfügt. Der Bankier hat also noch ein bestimmtes Mass von Aufsicht zu gewährleisten, wozu er beim reinen Mietvertrag nicht verpflichtet ist. Diese

Aufsichtspflicht macht den Tresorvertrag wieder in gewisser Hinsicht dem Verwahrungsvertrag ähnlich, ohne ihn jedoch, wie vorstehend ausgeführt, mit diesem zu identifizieren.

Richtiger Ansicht nach muss man den Tresorvertrag als eine Kombination zwischen Miet- und Verwahrungsvertrag ansehen, also als ein besonderes Schuldverhältnis, welches unter keines der im VII. Abschnitte des II. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelten Schuldverhältnisse vollständig unterzubringen ist.[1]) Dieses kombinierte Schuldverhältnis liegt dem Mietvertrag näher als dem Verwahrungsvertrage, denn es besteht auch zu Recht, wenn der Kunde überhaupt nichts in sein Tresorfach hineinlegt. Es ist deshalb richtiger, von einem gemischten oder modifizierten Mietvertrage zu sprechen, als von einem modifizierten Verwahrungsvertrage.

Auf den Tresordepotvertrag finden zunächst die vertragsmässigen Bestimmungen, die in der Regel seitens der Banken sehr detailliert aufgestellt werden, Anwendung. Zur Ergänzung sind die allgemeinen Regeln des H.G.B. und B.G.B. über Schuldverhältnisse heranzuziehen. Im einzelnen finden auch die gesetzlichen Vorschriften über den Verwahrungs- und Mietvertrag analoge Anwendung, je nach dem die in Frage kommende Seite des Tresordepotvertrages mehr dem Verwahrungs- oder mehr dem Mietvertrage ähnelt.

So wird man z. B. mangels einer konkreten Vereinbarung die Lösung des Vertragsverhältnisses von der Einhaltung der im B.G.B. geregelten Kündigungsfristen des Mietvertrages abhängig machen dürfen. Selbstverständlich kann der Fachinhaber aber trotzdem jederzeit die in diesem Fache verwahrten Gegenstände zurücknehmen. Er muss nur, solange das Vertragsverhältnis dauert, die Vergütung zahlen. Anderseits wird man wohl annehmen dürfen, dass ein Tresordepotvertrag, auch wenn er für länger als ein Jahr gelten soll, in formloser Weise abgeschlossen werden kann entsprechend der Regel über die grundsätzliche Formfreiheit der Verträge.

---

[1]) Die hier geregelten Schuldverhältnisse sind nicht die einzig möglichen, sondern nur besonders häufig vorkommende.

Anhang.

Da die wichtige Streitfrage, wie sich die Pfändung in den Tresorinhalt vollziehe, angeschnitten wurde, so soll auch näher darauf eingegangen werden. Heinrici ist der Ansicht, dass eine Zwangsvollstreckung in den Tresorinhalt praktisch undurchführbar sei, wenn man Mitbesitz der Bank und des Kunden am Tresorinhalte annehme. Er will deshalb den Kunden als unmittelbaren Besitzer des Faches und seines Inhaltes, die Bank aber als mittelbare Besitzerin des Faches und des von ihr gestellten Blechkastens hinstellen und unter dieser Annahme die Zwangsvollstreckung durch Pfändung, d. h. durch direkte Besitzergreifung seitens des Gerichtsvollziehers, erfolgen lassen. Die Bank erklärt er ohne weiteres dem Gläubiger gegenüber für verpflichtet, dem sich gehörig legitimierenden Gerichtsvollzieher bei der Oeffnung des Faches behilflich zu sein, widrigenfalls sie sich gemäss § 823 B.G.B. schadenersatzpflichtig mache.

Es liegt aber doch tatsächlich Mitbesitz zwischen der Bank und ihrem Kunden vor und es geht nicht an, diesen Mitbesitz aus dem Grunde zu leugnen, weil man sonst eine Zwangsvollstreckung für undurchführbar hält. Das Vorliegen des Mitbesitzes ergibt sich ganz klar aus dem Umstande, dass der Kunde ohne Mitwirkung der Bank nicht zu seinem Depot gelangen kann, dass also die tatsächliche Gewalt über das Depot von Bank und Kunden gemeinschaftlich ausgeübt wird (§§ 854, 866 B.G.B.)

Auch eine rechtliche Verpflichtung der Bank zur Mitwirkung der Eröffnung des Tresorfaches lässt sich nicht so ohne weiteres, wie dies Heinrici tut, konstruieren.

Trotz alledem ist eine Pfändung in den Tresorfachinhalt sehr wohl möglich. Es ist zwar richtig, wie Heinrici ausführt, dass bewegliche Sachen, die sich im Mitbesitze eines Dritten befinden, nur mit dessen Zustimmung durch einen Gerichtsvollzieher gepfändet werden können (§ 809 Z.P.O.); es ist auch richtig, dass ein obligatorischer Anspruch des Kunden gegen die Bank auf Herausgabe des Tresorfachinhaltes nicht besteht, also auch nicht gepfändet werden kann und

dass auch ein dinglicher Anspruch des Kunden gegen die Bank, solange letztere ihren Verpflichtungen nachkommt, nicht begründet ist.

Dagegen kann das Recht des Kunden gegen die Bank auf Zutritt zur Stahlkammer und auf Mitwirkung der Bank zur Eröffnung des Tresorfaches durch Beschluss des Vollstreckungsgerichtes gepfändet werden. Wenn Heinrici meint, dieser Anspruch sei, abgesehen von dem Zweifel, ob er ein vermögensrechtlicher sei (vgl. § 828 Z.P.O.), unübertragbar und deshalb unpfändbar (§ 851 Z.P.O.), so irrt er. Ich kann zunächst nicht einsehen, weshalb dieser Anspruch kein vermögensrechtlicher sein solle. Gerade für dieses Recht zahlt der Kunde seine Vergütung und die Verweigerung oder Vernachlässigung dieses Rechtes bedeutet für ihn möglicherweise eine Vermögensschädigung. Ich gebe zu, dass das Recht des Kunden auf Zutritt zur Stahlkammer und auf Mitwirkung der Bank bei Eröffnung des Tresorfaches, entsprechend der Natur des Tresordepotvertrages, *quoad ius* — d. h. dem Rechte selbst nach — nicht auf Dritte übertragbar ist. Aber *quoad exercitium,* d. h. der Ausübung nach, ist dieses Recht übertragbar. Für eine gegenteilige Annahme besteht nicht die geringste Veranlassung. Fast alle Depotordnungen bestimmen auch, dass die Ausübung dieses Rechts übertragen werden kann, und zwar durch Ausstellung einer ordnungsgemässen Vollmacht. Dieses Recht ist demzufolge gemäss § 857 Abs. III Z.P.O. auch pfändbar.

Die Vollstreckung in den Tresorinhalt vollzieht sich also auf folgende Weise. Der Gläubiger erwirkt einen Beschluss des Vollstreckungsgerichtes, demzufolge das Recht seines Schuldners auf Zutritt zur Stahlkammer und auf Mitwirkung der Bank bei der Eröffnung des Tresorfaches gepfändet wird.

Der Gerichtsvollzieher übt dieses Recht aus, nachdem er sich vorher durch Mobiliarpfändung in den Besitz des in Händen des Schuldners befindlichen Tresorfachschlüssels gesetzt hat und nimmt dann, sobald die Bank unter seiner Mitwirkung das Tresorfach geöffnet hat, durch Pfändung den Tresorinhalt an sich (§ 803 Z.P.O.).

Könnte sich der Gerichtsvollzieher durch Mobiliarpfändung gemäss § 808 Z.P.O. nicht in den Besitz des in den Händen des Schuldners befindlichen Schlüssels setzen, so ist die Bank, ebenso wie wenn dieser Schlüssel verloren gegangen wäre, zur Vornahme der gewaltsamen Oeffnung des Tresorfaches durch ihre Handwerker verpflichtet.

Das Gericht kann gemäss § 857 Abs. IV Z.P.O. besondere Anordnungen erlassen. Es kann also auch, da über die Art dieser Anordnungen nichts bestimmt ist, dem Schuldner die Möglichkeit entziehen, über den Tresorfachinhalt noch vor erfolgter Pfändung zu verfügen.

§ 6.

Die verschiedenen Arten der Depotgeschäfte nach ihrer rechtlichen Natur.

Die Bankverwahrungs- und Bankverpfändungsverträge können im einzelnen ihrer rechtlichen Natur nach regelmässige *(depositum* oder *pignus regulare)*, unregelmässige *(depositum* oder *pignus irregulare)*, oder beschränkt regelmässige Depotverträge sein.

Beim regelmässigen Depot übernimmt der Bankier die Verpflichtung, stets genau dieselben ihm übergebenen Stücke für den Hinterleger aufzubewahren und nach Beendigung des Vertrages zurückzugeben. Der Hinterleger bleibt während der ganzen Vertragsdauer Eigentümer der deponierten Wertpapiere und hat im Konkurse des Verwahrers ein Aussonderungsrecht. Das verschlossene Depot kann seiner Natur nach nur ein regelmässiges sein. Die Form des regelmässigen Depots ist ferner unumgänglich notwendig bei Lospapieren, bei welchem die Wahrung der Identität natürlich für den Hinterleger unbedingt erforderlich ist, oder wenn andere unvertretbare Papiere, wie Wechsel, Konnossements, Lagerscheine, Hypothekenbriefe deponiert werden.

Werden dagegen vertretbare Wertpapiere, wie Aktien, Schuldverschreibungen, Zinsscheine usw. in offenes Depot gegeben, dann kann von den Parteien ein unregelmässiger oder beschränkt regelmässiger Depotvertrag vereinbart sein.

Beim unregelmässigen Verwahrungs- und Verpfändungsvertrage ist der Bankier dem Hinterleger nur zur Rückgabe von Wertpapieren in gleich grosser Menge und gleicher Art *(tantundem eiusdem generis)* verpflichtet. Das Eigentum der deponierten Stücke und damit das freie Verfügungsrecht über sie geht auf den Bankier über. Der Deponent ist nur Gläubiger des Bankiers und hat im Konkurse desselben kein Aussonderungsrecht, sondern nur einen Anspruch auf die Konkursdividende, d. h. auf anteilsmässige Befriedigung aus der Konkursmasse. Andererseits geht bei dieser Depotart auch die ganze Gefahr auf den Bankier über.

Die Form des unregelmässigen Depots ist, wie wir schon im § 2 gesehen haben, bei der unverschlossenen Deponierung von Geld und Banknoten als stillschweigend vereinbart anzunehmen. Sollte dies der Absicht der Parteien nicht entsprechen, so müsste eine gegenteilige Bestimmung ausdrücklich vereinbart sein und die Partei, die sich darauf berufen will, müsste im Streitfalle eine solche ausdrückliche Vereinbarung beweisen.

Werden aber vertretbare Wertpapiere deponiert, so greift die umgekehrte Vermutung Platz. Die Vermutung spricht in diesem Falle immer für ein streng reguläres Depot. Soll ein irreguläres Depot bestehen, dann muss dies ausdrücklich vereinbart werden, und zwar kraft der positiven Vorschrift des § 2 Dep.-Ges. in schriftlicher Form. Nur für die Bankiers im gegenseitigen Verkehr ist Formfreiheit gestattet.

Dieses unregelmässige Depot in Wertpapieren sieht einem Darlehn sehr ähnlich und wird auch rechtlich durch § 700 B.G.B. mit gewissen Ausnahmen[1]) einem Darlehn gleichbehandelt.

Dennoch besteht zwischen Darlehn und unregelmässigem Depot ein allerdings in der Hauptsache nur wirtschaftlicher Unterschied. Wenn jemand Wertpapiere einem anderen als unregelmässiges Depot übergibt, so ist damit noch nicht notwendig verbunden, dass er diese auch wirtschaftlich kreditiert.

[1]) Nur Zeit und Ort der Rückgabe bestimmen sich nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§ 700 Absatz I S. 3 B.G.B.).

Er gibt damit, dass er mit einem irregulären Depot zufrieden war, lediglich seinen Mangel an Interesse an der Identität der gerade hingegebenen Stücke zu erkennen, er räumt dem Verwahrer das Recht ein, die empfangenen Stücke zu vermischen, zu vertauschen, zu veräussern. Aber er setzt voraus, dass der Verwahrer eine gleich grosse Menge gleicher Art stets zu seiner Verfügung hat.

Beim Darlehen dagegen ist gerade der wirtschaftliche Zweck darauf gerichtet, dass der Darlehensempfänger sich der erhaltenen Mittel gewisse Zeit hindurch zu einem bestimmten Zwecke entäussern darf, ohne eine gleich grosse Menge gleicher Mittel zur stetigen Verfügung halten zu müssen.

Erst nach Ablauf einer gewissen Zeit braucht er sich die zur Rückgewährung an den Darlehnsgeber erforderlichen Mittel wieder zu verschaffen. Aus diesem Grunde ist auch das Verlangen der Rückzahlung des Darlehns nach den Vorschriften des § 609 B.G.B. an die Einhaltung einer Kündigungsfrist gebunden.

Beim unregelmässigen Depotvertrage dagegen kann der Deponent die Rückgabe einer gleich grossen Quantität Wertpapiere derselben Art jederzeit verlangen (§ 700 Abs. I S. 3 und § 695 B.G.B.). Gerade dadurch, dass das B.G.B. diese jederzeitige Rückforderungsmöglichkeit und nicht, wie beim Darlehn, eine an die Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist gebundene Rückforderungsmöglichkeit normiert hat, gab es zu erkennen, dass es den wirtschaftlichen Unterschied zwischen Darlehns- und unregelmässigem Verwahrungsvertrag gewürdigt hat. Es liegt allerdings, wenn der Verwahrer beim irregulären Depot dem Verlangen auf Rückerstattung nicht zu entsprechen in der Lage ist, auf seiner Seite keine Unterschlagung vor, sondern nur die Verletzung einer positiven Vertragspflicht, für welche er lediglich zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden kann.

Begrifflich unterscheiden sich demnach Darlehen und unregelmässiger Verwahrungsvertrag durch die Verschiedenheit der Intention. Die Frage, ob die Parteien im einzelnen einen Darlehensvertrag über Wertpapiere oder einen unregelmässigen

Verwahrungsvertrag in solchen abschliessen wollen, ist auch von rechtlicher Bedeutung. Die Begründung eines unregelmässigen Verwahrungsvertrages bedarf der im § 2 des Dep.-Ges. bestimmten ausdrücklichen und schriftlichen Form. Ist die Absicht der Parteien dagegen auf Begründung eines Darlehensvertrages in Wertpapieren gerichtet, so ist die Beobachtung dieser Form nicht erforderlich, selbst wenn es sich um die in §1 des Degotgesetzes bezeichneten Wertpapiere handelt. Ebenso kann die Umwandlung eines ursprünglichen Depotvertrages in einen Darlehensvertrag formlos vollzogen werden.[1] [2])

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 700) haben wir zwei Unterarten des unregelmässigen Verwahrungsvertrages zu unterscheiden.

Der erste Fall liegt vor, wenn die Hinterlegung in der Weise geschieht, dass vereinbarungsgemäss das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Wertpapiere von gleicher Art und Menge zurückzuerstatten. Dann finden die Vorschriften über das Darlehen mit den erwähnten Ausnahmen sofort mit dem Abschlusse des Vertrages Anwendung.

Hat aber der Hinterleger dem Bankier lediglich gestattet, die hinterlegten Wertpapiere zu verbrauchen, sei es, dass er diese Gestattung gleich bei der Deponierung der Wertpapiere erteilt hat, oder erst später, so finden die Vorschriften über das Darlehen nicht schon mit der Erteilung dieser Ermächtigung, sondern erst mit dem Zeitpunkte Anwendung, in welchem der Verwahrer von der Gestattung tatsächlich Gebrauch macht und sich die hinterlegten Papiere aneignet. Bis zu diesem Zeitpunkte bleibt der Hinterleger Eigentümer und behält auch im Konkurse des Bankiers sein Aussonderungsrecht.

Daraus, dass im § 2 Absatz II des Dep.-Ges. lediglich angeführt wird, dass die Bestimmungen des § 1 Dep.-Ges. keine Anwendung finden, wenn der Verwahrer oder Pfand-

---

[1]) Vgl. auch Lusensky S. 56.

[2]) Im Sinne des Reichsstempelgesetzes ist auch der unregelmässige Depotvertrag in Wertpapieren als Anschaffungsgeschäft zu betrachten. Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 42 S. 10 f.

gläubiger ermächtigt ist, an Stelle der hinterlegten Wertpapiere gleichartige zurückzugewähren, von der Ermächtigung, über die Papiere zu verfügen, aber nicht gesprochen wird, darf nicht geschlossen werden, dass in diesem letzteren Falle die Bestimmungen des § 1 Anwendung finden, also ein reguläres Depot vorliege. Die Ermächtigung, über die Papiere zu verfügen, schliesst die Ermächtigung, gleichartige Papiere zurückgewähren zu dürfen, ein. Es ist deshalb klar, dass auch dann, wenn die erteilte Ermächtigung lediglich darauf lautet, dass der Verwahrer über die hinterlegten Papiere das Verfügungsrecht habe, grundsätzlich ein irreguläres Depot vorliegt von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verwahrer von seinem Verfügungsrechte Gebrauch macht.[1])

Schon in der Zeit vor dem Inkrafttreten des Depotgesetzes hatte das praktische Bedürfnis Zwischenstufen zwischen dem regelmässigen und unregelmässigen Depot herausgebildet, die ihrem Wesen nach als beschränkt regelmässige Depots zu bezeichnen sind.

Als solche Zwischenstufe haben wir zunächst das Sammeldepot oder Vermengungsdepot.[2]) Ein solches liegt vor, wenn die Banken im Interesse einer erleichterten Verwaltung die Wertpapiere verschiedener Hinterleger zwar von ihren eigenen Beständen gesondert, aber mit den gleichartigen Wertpapieren anderer Hinterleger vermischt aufbewahren, also eine Verwahrung nicht nach Hinterlegern, sondern nach den Gattungen der Wertpapiere gesondert betätigen. Der Kunde hat hierbei auf sein Recht, genau dieselben Stücke, die er hingegeben hatte, zurückzuverlangen, verzichtet und begnügt sich mit dem Anspruche, stets ein der hingegebenen Menge gleiches Quan-

---

[1]) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 52 S. 205.

[2]) Der Name „Vermengungsdepot" rührt von Dr. Karl Adler her, der diese Bezeichnung in seinem Buche „Das österreichische Lagerhausrecht" für eine bestimmte Art der Aufbewahrung von Getreide in den Lagerhäusern gewählt hat. Er spricht dann von Vermengungsdepot, wenn Getreide verschiedener Eigentümer in einen Lagerraum *„alla rinfusa"* eingeschüttet wird, nachdem vorher die Quantität nnd Qualität bestimmt und dem Eigentümer ein Lagerschein nur über das dem eingelieferten gleich grosse Quantum gleicher Qualität ausgefertigt worden ist.

tum gleichartiger Wertpapiere zurückbegehren zu können. Dieser Verzicht des Kunden geht aber beim Sammeldepot nicht so weit, dass der Kunde wie beim unregelmässigen Depot auch auf die Sicherheit einer gesonderten Aufbewahrung verzichtet. Der Kunde verliert nicht sein Eigentum an die Bank, sondern die Bank muss die zu einem Sammeldepot vereinigten Wertpapiere verschiedener Hinterleger als Ganzes gesondert verwahren und darf darüber nur so verfügen, dass immer eine den von sämtlichen Hinterlegern eingelieferten Beträgen gleich grosse Menge vorhanden ist, und zwar ist sie hierzu nicht nur obligatorisch verpflichtet, sondern es besteht ein dingliches Recht sämtlicher Hinterleger an dieser Gesamtmenge. Der Bankier kann demgemäss die im Sammeldepot ruhenden Wertpapiere sich nicht wirtschaftlich nutzbar machen. Er begeht eine Unterschlagung, sobald er von der Gesamtmasse etwas ohne Ersatz wegnimmt.

Ein typisches Beispiel eines Sammeldepots ist das Giroeffektendepot der Bank des Berliner Kassevereins.[1]) Zur Erleichterung des Verkehrs in den an der Berliner Börse hauptsächlich gehandelten Effekten geben die Berliner Bankiers, die mit Beobachtung gewisser Formalitäten Mitglieder des Giroeffektendepots geworden sind, bei der Bank des Berliner Kassevereins Effekten in Sammeldepot. Die Bank stellt dem Hinterleger eine Empfangsbescheinigung über die eingelieferte Effektenmenge aus und verwahrt dann diese nicht gesondert, sondern fügt sie ihrem Gesamtbestande der betreffenden Effektengattung zu. Der Einlieferer begibt sich von vorneherein des Rechtes, bestimmte Nummern oder Abschnitte zurückzuverlangen. Die Bank ist aber nicht befugt, über die in Depot gegebenen Stücke anders als auf Order desjenigen, zugunsten dessen die Verwahrung erfolgt, zu verfügen; sie ist insbesondere nicht berechtigt, sich zur Eigentümerin der übernommenen Stücke zu machen, sofern nicht zu ihren Gunsten verfügt wird.

Der Einlieferer kann über sein Depot sofort ganz oder

[1]) S. Geschäftsordnung für das Giroeffektendepot des Berliner Kassevereins von 1899, abgedruckt in Salings „Börsenpapiere“ I. Teil S. 510f.

teilweise verfügen. Er bedient sich eines weissen Schecks, wenn er einen bestimmten Betrag seines Depots abheben lassen will. Diesen Scheck gibt er dem Käufer[1]) der Papiere, welcher auf Präsentation hin den im Scheck bezeichneten Betrag seitens der Bank ausgehändigt erhält. Dem Verkäufer wird dann der ausgehändigte Betrag abgeschrieben.

Will der Käufer, der selbst wieder Mitglied des Giroeffektendepots ist, die verkaufte Quantität nicht *in natura* abheben, sondern im Depot der Bank belassen, so lässt er sich vom Verkäufer einen roten Scheck[2]) ausstellen, auf Grund dessen die betreffende Quantität seitens der Bank vom Depot des Verkäufers ab- und dem Depot des Käufers zugeschrieben wird.

Beabsichtigt ein Mitglied des Giroeffektendepots, einen gewissen Betrag seiner im Sammeldepot ruhenden Effekten zu verpfänden, so händigt er dem Pfandgläubiger einen grünen Scheck auf den entsprechenden Betrag aus. Damit erwirbt dieser das Pfandrecht an dem im Scheck bezeichneten Effektenbetrage.

Wie ist nun die Rechtsstellung der verschiedenen Hinterleger und des Verwahrers bei einem derartigen Sammeldepot? Es handelt sich um ein ganz eigenartiges Rechtsgebilde, welches in der Hauptsache seinen Inhalt auf Grund der getroffenen Vereinbarung erhält und durch die Vorschriften des Handelsrechtes und bürgerlichen Rechtes über Rechtsgeschäfte im allgemeinen und über den Verwahrungsvertrag im speziellen, soweit eine entsprechende Anwendung möglich ist, ergänzt wird.

Die Gesamtmenge jeder gesondert aufbewahrten Effektengattung steht gemäss §§ 948, 947 B.G.B. im Miteigentum[3]) derjenigen Hinterleger, welche Stücke dieser Effektengattung eingeliefert haben. Der einzelne kann infolgedessen nicht die speziell hingegebenen Stücke, sondern nur seinen Anteil an

[1]) Natürlich können auch auf Grund anderer als Kaufverträge, wie z. B. auf Grund eines Tauschvertrages, einer Leihe usw. derartige Abhebungen erfolgen. Der Grund der Abhebung ist ein internes Verhältnis der Kontrahenten und für die Bank gleichgültig.

[2]) Es ist auch zulässig, einen roten Scheck für mehrere Empfänger auszustellen — einen sogenannten Gesamtscheck.

[3]) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 21 S. 33.

der Gesamtmenge heraus verlangen; selbst wenn ein Erkennen der speziell hingegebenen Stücke nach den Aufzeichnungen faktisch möglich wäre. „Untrennbarkeit" im Sinne des § 948 B.G.B. ist zwar als ein tatsächliches Verhältnis zu verstehen. Die Untrennbarkeit ergibt sich aber tatsächlich aus der rechtlich vereinbarten Art der Verwahrung und Verwaltung. Damit ist auch die in § 948 B.G.B. normierte Folge der Untrennbarkeit — die Entstehung eines Miteigentumsverhältnisses — als mitvereinbart anzusehen, selbst wenn eine Trennung tatsächlich möglich wäre.

Es ist ein Miteigentum nach Bruchteilen, nicht ein Gesamthandsverhältnis. Die Anteile der einzelnen bestimmen sich nach dem Verhältnisse der von ihnen hingegebenen Quantität zur Gesamtmenge. Jeder Hinterleger kann über seinen Anteil dinglich verfügen. Die Frage, die der gemeinrechtlichen Literatur Schwierigkeiten verursachte, wie eine jederzeitige Verfügungsmöglichkeit eines Miteigentümers über seinen Anteil ohne vorher durchgeführte Teilung gegeben sei,[1]) ist jetzt belanglos, da dieses den Grundsätzen des B.G.B. nicht widerspricht.

Das Miteigentumsverhältnis entsteht für den einzelnen Hinterleger nicht schon mit dem Zeitpunkte, in welchem der Verwahrer seine Effekten in Empfang genommen hat,[2]) sondern erst mit dem Momente, wo der Verwahrer die eingelieferte Quantität der bereits in seinem Depot befindlichen Menge gleichartiger Effekten einverleibt hat. Bis zu diesem Momente behält der Hinterleger sein Sondereigentum. Das kann namentlich von Belang werden für sein Aussonderungsrecht im Konkurse. Hat der Bankier die empfangene Quantität noch nicht mit anderen Effekten vermengt, wozu er nicht verpflichtet ist, denn die Befugnis, die empfangenen Effekten in sein Sammeldepot zu legen, gibt ihm lediglich ein Recht, dies zu tun,

---

[1]) Vgl. Dr. Karl Adler, Oesterreichisches Lagerhausrecht, Karl Heymanns Verlag, S. 148ff.; Sachs, Getreideniederlagen, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. XVIII S. 478ff.

[2]) So Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 474.

aber hindert ihn nicht, die betreffenden Papiere tatsächlich im streng regulären Depot zu verwahren, und fällt er dann in Konkurs, so kann der Hinterleger die speziell hingegebenen Stücke als sein Eigentum aus der Konkursmasse aussondern. Ist aber die Vermengung erfolgt, so kann das Aussonderungsrecht nur von den Miteigentümern gemeinschaftlich bezüglich des ganzen Sammeldepots ausgeübt werden.

Eigentümlich ist bei dem Miteigentumsverhältnisse des Sammeldepots, dass die Zahl der Miteigentümer und die Grösse ihrer Anteile eine stetig wechselnde ist, und dass sie selbst auf die Gestaltung dieses Verhältnisses keinen Einfluss haben. Das rührt eben daher, dass nicht zwischen den verschiedenen Hinterlegern ein Miteigentumsverhältnis vereinbart wird, sondern dass diese sich von vornherein bereit erklärt haben, mit jedem anderen, der gleiche Wertpapiere in einer den Vorschriften der Bank entsprechenden Weise hinterlegt, in ein Miteigentumsverhältnis einzutreten. Es besteht kein direktes Vertragsverhältnis der einzelnen Hinterleger zueinander, sondern nur ein Vertragsverhältnis der einzelnen zur Gesamtheit der Hinterleger, welche durch die Bank vertreten ist. Diese Vertretungsbefugnis steht der Bank zu kraft ihrer Stellung als Verwalterin des Sammeldepots und sie steht ihr zu nicht nur den einzelnen Miteigentümern, sondern auch dritten gegenüber.[1]) Dritten gegenüber besitzt die Bank nicht nur das Vertretungsrecht, sondern auch das Verfügungsrecht über das Sammeldepot. Es ist aber nicht zu übersehen, dass ihr dieses Verfügungsrecht nur im Aussenrechtsverhältnisse zusteht; im Innenrechtsverhältnisse, d. h. den Hinterlegern gegenüber, hat sie sich jeder Verfügung über das Sammel-

[1]) Die Geschäftsordnung der Bank des Berliner Kassevereins (§ 8) bestimmt dies ausdrücklich mit den Worten: „Ungeachtet die Bank nicht Eigentümerin der hinterlegten Effekten wird, ist sie doch berechtigt, Dritten gegenüber alle Rechte des Eigentümers geltend zu machen." Der Umstand, dass auch Mitglieder des Giroeffektendepots der Kommission des Berliner Kassevereins angehören, die über wichtige Angelegenheiten des Giroeffektendepots Beschluss zu fassen hat, ist lediglich eine aus Zweckmässigkeitsgründen erfolgte Konzession an das System der Selbstverwaltung, ändert aber an der Rechtsstellung der Bank als Vertreterin des Sammeldepots nichts.

depot zu enthalten, widrigenfalls sie sich einer Unterschlagung schuldig machen würde.

Kompliziert wird die Stellung der Bank, wenn sie selbst ihre eigenen Effekten in das Sammeldepot legt, und mit den gleichartigen Wertpapieren der anderen am Sammeldepot beteiligten Hinterleger vermengt, wozu sie mangels gegenteiliger Vereinbarung berechtigt ist. Sie ist dann einerseits in der gleichen Rechtsstellung wie alle übrigen Hinterleger, anderseits aber noch Verwalterin und Vertreterin des Ganzen.

Betrachten wir noch in Kürze den Unterschied zwischen Sammeldepot, regelmässigem und unregelmässigem Depot, so finden wir, dass bei letzterem das Eigentum auf den Verwahrer übergeht, bei den beiden ersten Depotarten dagegen nicht. Beim regelmässigen Depot bleibt der Hinterleger Eigentümer der speziell hingegebenen Stücke, beim Sammeldepot wird er Miteigentümer an der im Depot des Verwahrers ruhenden Menge gleichartiger Effekten.

Eine zweite mögliche Art des beschränkt regelmässigen Depots ist das sogenannte Summendepot.[1])

Die rechtliche Natur dieser Depotart ist im wesentlichen die, dass der Bankier sich zur gesonderten Aufbewahrung der hinterlegten Wertpapiere verpflichtet ebenso wie beim regulären Depot, aber sich das Recht einräumen lässt, die hinterlegten Stücke gegen gleichartige und gleichwertige andere zu vertauschen.[2]) [3]) Der Bankier darf aber die Stücke, die er vertauschen will, erst dann wegnehmen, wenn er andere an deren Stelle gelegt hat. Nimmt er sie ohne gleichwertigen Ersatz weg, so behält der Hinterleger an den weggenommenen Stücken das Eigentum und der Verwahrer macht sich der

---

[1]) Der Name rührt von Schey her. S. Schey, Das Bankdepotgesetz in Holdheims Monatsschrift, V. Jahrg. 1896 Heft 3 S. 75; ferner Schey, Obligationsverhältnisse § 54 Ziff. 1; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes S. 472f., versteht unter Summendepot das unregelmässige Depot.

[2]) Im Zweifel ist auch anzunehmen, dass der Bankier berechtigt ist, kleinere Appoints derselben Effektengattung gegen grössere und umgekehrt zu vertauschen, wenn diese denselben Kurswert haben.

[3]) Man kann diese Depotart auch als reguläres Depot mit Substitutionsbefugnis bezeichnen.

Unterschlagung schuldig. Erst mit dem Zeitpunkte, in welchem gleichwertige Stücke an die Stelle der weggenommenen in das Depot gelegt werden, verliert der Hinterleger das Eigentum an weggenommenen Stücken an den Verwahrer. Der Hinterleger bleibt also stets Eigentümer einer der von ihm hingegebenen gleichgrossen und gleichartigen Effektenmenge. Durch dieses dingliche Moment unterscheidet sich das Summendepot vom unregelmässigen Depot, dem es sonst sehr ähnlich ist. Bei beiden verzichtet der Hinterleger auf die Identität der hingegebenen Stücke und begnügt sich mit dem Anspruche auf eine gleichgrosse Menge derselben Art. Beim unregelmässigen Depot ist der Anspruch aber nur ein obligatorischer, beim Summendepot dagegen ein dinglicher. Das zeigt sich insbesondere im Konkurse, wo ja die Unterschiede einzelner Rechte besonders scharf zutage treten. Der Hinterleger des Summendepots hat im Konkurse des Bankiers ein Aussonderungsrecht, der Hinterleger des irregulären Depots dagegen nur einen Anspruch auf anteilmässige Befriedigung aus der Konkursmasse.

Vom Sammeldepot unterscheidet sich das Summendepot durch die bei letzterem nach den einzelnen Hinterlegern gesonderte Verwahrung; vom regulären Depot unterscheidet sich das Summendepot durch die bestehende Substitutionsbefugnis des Verwahrers.

Wie ist nun das so geartete Summendepot rechtlich zu charakterisieren? Abzulehnen ist zunächst die früher in der gemeinrechtlichen Literatur vielfach, insbesondere von Schey, aufgestellte Konstruktion, dass der Hinterleger Eigentum an einer der von ihm hingegebenen nach Zahl und Art gleichwertigen Quantität ohne weiteres behalte und diese Quantität kraft seines Eigentumsrechtes stets vindizieren könne. Eigentum kann nach den Grundsätzen unseres bürgerlichen Rechtes nur an einer oder an einer Anzahl genau bestimmter Sachen bestehen, nicht aber an einer ziffermässigen, nicht abgesonderten Teilquantität einer Menge von vertretbaren Sachen, die sich im Besitze eines anderen befinden.

Naheliegend ist ein Versuch folgender Konstruktion, wie

ihn Kohler in ähnlicher Weise für den Dispositionsniessbrauch[1]) ausgeführt hat. Durch die Hingabe der Wertpapiere seitens des Hinterlegers an den Verwahrer kommt der Depotvertrag zustande. Die Ermächtigung, die der Hinterleger dem Verwahrer erteilt hat, die hingegebenen Stücke gegen gleichartige andere zu vertauschen, sei eine Tauschofferte. Wenn der Bankier von der erteilten Ermächtigung Gebrauch macht, nehme er die Offerte an und bewirke durch *brevi manu traditio* den Eigentumsübergang an sich, übernehme aber damit die obligatorische Verpflichtung, die weggenommenen Stücke durch gleichartige andere zu ersetzen. Mit der Einlegung dieser anderen Stücke in das Depot erwerbe der Hinterleger das Eigentum hieran kraft *constitutum possessorium*, dem er schon mit Abschluss des Depotvertrages zugestimmt habe.

Diese Konstruktion krankt aber an dem einen Fehler, dass nur eine obligatorische Verbindlichkeit des Bankiers zum Ersatze bestehen soll, was ja gerade dem Wesen des Summendepots widerspricht. Unterliesse der Bankier seine obligatorische Ersatzpflicht, dann läge auf seiner Seite nur eine positive Vertragsverletzung mit zivilrechtlichen Folgen vor, aber keine Unterschlagung. Ein Eigentumserwerb durch den Hinterleger würde nicht eintreten.

Zum richtigen Ergebnis gelangt man, wenn man diese Konstruktion etwas modifiziert. Der Hinterleger behält das Eigentum an den von ihm in Depot gegebenen Stücken nicht nur bis zu dem Zeitpunkte, in welchem sie der Verwahrer dem Depot entnimmt, sondern bis zu dem Zeitpunkte, in welchem der Verwahrer an Stelle der entnommenen Stücke gleichartige in das Depot legt. Das bedeutet nichts anderes, als dass der Eigentumsübergang an den Verwahrer aufschiebend bedingt ist durch die Einlegung anderer Stücke. Mit der Einlegung dieser geht durch *constitutum possessorium* das Eigentum an den neu eingelegten Stücken auf den Hinterleger über und zu gleicher Zeit infolge des Eintritts der Bedingung durch *brevi manu* das Eigentum an den entnommenen Stücken auf

[1]) Vgl. Kohler in Iherings Jahrbücher für Dogmatik Bd. XXIV S. 310 ff.

den Verwahrer (vgl. §§ 930, 929 S. 2 B.G.B.). Die Entnahme der Stücke und der Ersatz derselben durch andere wird in der Regel Zug um Zug erfolgen, d. h. zeitlich zusammenfallen, so dass mit der Entnahme der Stücke auch schon der Eintritt der Bedingung und damit der Eigentumsübergang gegeben ist.

Der Vollständigkeit wegen sei erwähnt, dass auch eine Kombination zwischen Summen- und Sammeldepot möglich ist. Beim Sammeldepot kann vereinbart sein, dass der Verwahrer die im Sammeldepot ruhenden Stücke seinerseits nicht austauschen darf, also den Miteigentümern gegenüber streng reguläres Depot zu halten verpflichtet ist. Es kann aber auch vereinbart sein, dass der Verwahrer berechtigt sein soll, Stücke des Sammeldepots gegen andere gleichartige, ihm selbst gehörige Stücke zu vertauschen, also der Gesamtheit der Miteigentümer gegenüber das vorerwähnte Summendepot zu halten verpflichtet ist. Letzteres wird man im Zweifel als die Absicht der Parteien annehmen dürfen. Das ist nicht identisch mit dem Falle, wo der Bankier durch Einlegung eigener Stücke in das Sammeldepot sich selbst zum Miteigentümer gemacht hat. In diesem Falle kann der Bankier nur soviel Stücke kraft seiner Verwaltungsbefugnis für sich herausnehmen, bzw. vertauschen, als er selbst eingelegt hat; bei einer Kombination zwischen Sammel- und Summendepot jedoch steht ihm ein unbeschränktes Umtauschrecht zu.

Von grosser praktischer Wichtigkeit ist aber nun die Frage, ob die vorstehend geschilderten Arten des beschränkt regelmässigen Verwahrungsvertrages nach dem Inkraftreten des Depotgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuches noch rechtlich möglich seien. Es ist nämlich seitens vieler Autoren[1]) die Folgerung gezogen worden, dass infolge der Bestimmung des § 2 Abs. II des Dep.-Ges. diese beschränkt regelmässigen Depotarten, wenigstens in der Art und Weise, wie früher bestanden, beseitigt worden seien.

Das Depotgesetz stellt nämlich eine verschärfte Rechts-

[1]) Insbes. v. Risser (S. 22f.); Schey (S. 76); v. Pechmann (S. 9f.) u. a.

vermutung für das streng reguläre Depot auf, indem es in seinem § 1 den Bankier verpflichtet, die deponierten Wertpapiere unter äusserlich erkennbarer Bezeichnung jedes Hinterlegers oder Verpfänders gesondert von seinen eigenen Beständen und von denen Dritter aufzubewahren und ein Handelsbuch zu führen, in welches die Wertpapiere jedes Deponenten nach Gattung, Nennwert, Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmalen der Stücke einzutragen sind. Von dieser Verpflichtung kann der Bankier nur durch eine ausdrückliche und schriftliche Ermächtigung, an Stelle der hinterlegten Papiere gleichartige zurückgewähren oder über die Papiere zu seinem Nutzen verfügen zu dürfen, befreit werden, mit der einzigen Ausnahme, dass diese Ermächtigung auch formlos erfolgen kann, wenn der Deponent selbst gewerbsmässig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt. Ist eine solche Ermächtigung erteilt, so ist der Bankier gemäss § 2 Abs. II des Depotgesetzes von der gesonderten Aufbewahrung sowohl als von der gesonderten Buchung befreit. Ist aber der Bankier, so hat man daran anschliessend ausgeführt, von der gesonderten Verwahrung befreit, dann müsse notwendigerweise der Deponent sein Eigentum an den hingegebenen Stücken an die Bank verlieren, mit anderen Worten, es könne dann juristisch nur ein irreguläres Depot vorliegen, denn ohne gesonderte Aufbewahrung könne von reeller Depothaltung keine Rede sein. Demnach seien auch Sammel- und Summendepots, welche eine gesonderte Aufbewahrung erfordern, rechtlich nunmehr unmöglich, und die Ermächtigung, gleichartige Wertpapiere zurückgewähren zu dürfen, welche dem Bankier beim Sammel- und Summendepot erteilt wird, führe kraft positiver gesetzlicher Vorschrift ein irreguläres Depot herbei. Man hat diese Konsequenz gezogen, nicht ohne Bedauern über den Wegfall der wirtschaftlich notwendigen Zwischenstufen. Risser[1]) erklärt, durch diese notwendigerweise zu ziehende Folgerung seien sämtliche Zwecke, weche das Depotgesetz durch seine Vorschriften über den Verwahrungs- und Pfändungsvertrag nach der Begründung erreichen wolle, verfehlt und

[1]) Risser S. 24.

vereitelt.[1]) Auch die herrschende Praxis[2]) hatte sich dieser Folgerung vielfach angeschlossen. Man wollte insbesondere das Sammeldepot wegen seiner praktischen Bedeutung aufrechterhalten und glaubte dies nur dadurch erreichen zu können, dass man die gleichartigen Effektengattungen zwar gemeinsam in einem Portefeuille, jedoch innerhalb dieses Portefeuilles in getrennten, den Namen des einzelnen Hinterlegers tragenden Umschlägen aufbewahrte. Es werden also verschiedenartige Wertpapiere desselben Hinterlegers in mehrere den Vorschriften des Depotgesetzes entsprechende Depots verteilt und diese Depots nach Effektengattungen zusammengelegt, so dass ohne Vermischung der Wertpapiere verschiedener Kunden eine neue Art von Sammeldepot entsteht. Die Reichsbank hat in dieser Hinsicht die Arbeit auf die Deponenten abgewälzt, indem sie von diesen über jede einzelne Effektengattung einen besonderen Niederlegungsantrag verlangt und auch einen besonderen Niederlegungsschein ausstellt.

Diese neue Art des Sammeldepots gibt nun zwar zu rechtlichen Bedenken keinen Anlass, aber sie vereinigt doch nicht alle praktischen Vorteile des alten Sammeldepots in sich.

Ich halte das Sammeldepot und Summendepot der alten Art auch jetzt noch für rechtlich möglich. Es ist zwar vollkommen richtig, dass ohne gesonderte Aufbewahrung diese beschränkt regelmässigen Depotarten nicht möglich sind; es ist auch richtig, dass nach dem Wortlaut des § 2 Absatz II Dep.-Ges. bei Verzicht auf das reguläre Depot ein irreguläres Depot vorliegt —, aber nur der Regel nach. Der § 2 Absatz II stellt für den Fall des ordnungsgemässen Verzichtes auf das reguläre Depot nur eine Rechtsvermutung für das irreguläre Depot auf, mit anderen Worten, es liegt bei Verzicht auf das regelmässige Depot ein unregelmässiges vor,

---

[1]) Es wurde dies auch seitens eines Regierungskommissärs in der Reichstagskommission erklärt. S. Drucksachen des Reichstags, 9. Leg.-Per. IV. Sess. 1895/1896 Nr. 342 S. 2. Vgl. aber dagegen Entsch. d. R.G. Bd. 21 S. 33 bezüglich des Sammeldepots.

[2]) Nur die Bank des Berliner Kassevereins macht mit ihrem Giroeffektendepot eine Ausnahme hiervon.

wenn nichts anderes im konkreten Einzelfalle vereinbart wird. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass der Wortlaut des § 2 Absatz II für die zwingende Rechtsnatur dieser Vorschrift zu sprechen scheint, aber dem Zwecke und dem ganzen Inhalte des Depotgesetzes nach kann diese Stelle nur als eine durch Parteivereinbarung abänderungsfähige Rechtsvermutung aufgefasst werden.[1])

Der Zweck des Gesetzes ist auf eine Sicherung des Publikums gegen Verluste deponierter Wertpapiere gerichtet.[2]) Durch eine zwingende Natur des § 2 Absatz II würde diese Sicherheit eher vermindert, als vermehrt. Manche Bankiers, insbesondere die kleineren,[3]) lassen sich von der Verpflichtung zur Haltung des streng regulären Depots entbinden wegen der damit verbundenen Arbeit. Sie wollen vielfach aber kein irreguläres Depot, sondern wollen sich nur die dem Sammel- und Summendepot eigentümliche Manipulationsfreiheit sichern. Nach der herrschenden Lehre wäre dann immer, wenn sie sich die Ermächtigung zur Haltung eines beschränkt regelmässigen Depots erteilen liessen, ein unregelmässiges Depot gegeben. Damit wäre selbstredend die Rechtsstellung des Publikums nicht verbessert, sondern verschlechtert. Es hätte also das Depotgesetz, wie Schey[4]) in einer Polemik vor Inkrafttreten des Depotgesetzes ausführte, „nur eine Schlinge geschaffen, in welcher sich der unerfahrene Deponent, den es schützen wollte, fangen wird".

Aber auch der ganze Inhalt des Gesetzes spricht gegen den zwingenden Charakter der erwähnten Vorschrift. Der Deponent kann durch ausdrückliche und schriftliche Ermächtigung den Bankier von der ihm auferlegten Pflicht zur gesonderten Depothaltung gänzlich befreien. Warum soll nun

[1]) Vgl. auch Koref S. 32 f.

[2]) Vgl. Begründung des Depotgesetzentwurfes in Heymanns Verlag S. 92.

[3]) Die grossen Berliner Banken haben in einer Versammlung durch Beschluss vom 21. Juli 1896 den Standpunkt eingenommen: „Dass es geboten erscheine, sich auf den Boden des Gesetzes zu stellen und insbesondere alles zu vermeiden, was als eine Verletzung der dem Gesetzgeber zugrunde liegenden Absicht aufgefasst werden könnte."

[4]) Siehe Holdheims Monatsschrift V. Jahrg. 1896 S. 76.

eine solche Befreiung nicht auch teilweise erfolgen können? Wer auf etwas ganz verzichten kann, kann doch grundsätzlich auch auf einen Teil dieses Ganzen verzichten. Die Bedeutung des § 2 Absatz II ist eben nur die, dass bei ordnungsmässigem Verzicht eine Vermutung für einen Verzicht auf das Ganze spricht. Aber das hindert nicht, dass durch eine ganz bestimmte Parteivereinbarung dieser Verzicht auf einen Teil des Ganzen beschränkt wird, derart, dass der Bankier nur diejenige Verfügungsmacht über die hinterlegten Wertpapiere erlangen soll, wie sie dem Sammel- oder Summendepot eigen ist.

Auch der § 700 B.G.B. steht der rechtlichen Möglichkeit eines Sammel- oder Summendepots nicht im Wege. Die Vorschriften über das Darlehen finden Anwendung, wenn der Uebergang des Eigentums auf den Verwahrer und dessen Verpflichtung, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten oder die Gestattung des Verbrauchs der hinterlegten Sachen und nichts weiter vereinbart wird. Beim Sammeldepot wird aber überhaupt nicht der Eigentumsübergang auf den Verwahrer, beim Summendepot noch der Zusatz des durch Ersatzleistung bedingten Eigentumsüberganges vereinbart. Diese Vereinbarungen haben die Vorschriften über das Darlehen nicht im Gefolge.

So sehen wir, dass auch jetzt noch ein Sammel- oder Summendepot vorliegen kann. Natürlich muss die Erklärung, durch die der Verwahrer ermächtigt wird, an Stelle des regulären Depots ein Sammel- oder Summendepot zu halten, sofern der Hinterleger nicht selbst Bankier ist, gleichfalls ausdrücklich und schriftlich erfolgen, d. h. nur die Ermächtigung, dass der Bankier an Stelle der hinterlegten Wertpapiere gleichartige zurückgewähren dürfe, bedarf dieser Form. Die daneben hergehende, einschränkende Verabredung, dass diese Ermächtigung nur zu den Manipulationen, wie sie dem Sammel- oder Summendepot eigen sind, berechtigen soll, kann nach dem Grundsatze der Formlosigkeit der Verträge formlos erfolgen. Natürlich ist es aber sehr ratsam, wegen der sonst eintretenden Vermutung für die Vereinbarung eines irregulären Depots auch diese Verabredung schriftlich zu fixieren.

§ 7.

Gemeinschafts- und Einzeldepots.

Die in der Praxis besonders häufig vorkommenden Depotgeschäfte lassen sich ausserdem noch nach mancherlei einzelnen rechtlichen Merkmalen unterscheiden, die sich im Anschlusse an Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs herausgebildet haben.

So haben wir zunächst einen Unterschied nach der Zah der Hinterleger. Ein Einzeldepot liegt vor, wenn eine einzelne physische oder juristische Person mit einem Bankier einen Depotvertrag, gleichviel welcher Art, abschliesst. Ein Gemeinschaftsdepot dagegen ist gegeben, wenn ein Depotvertrag von einer Mehrheit von Personen auf der einen Seite, mit einem Bankier auf der anderen Seite abgeschlossen wird. Das Gemeinschaftsdepot ähnelt dem Sammeldepot insofern, als hier wie dort eine Mehrheit von Hinterlegern dem Bankier als Rechtsgemeinschaft gegenübersteht. Der Unterschied ist aber folgender: Beim Gemeinschaftsdepot entsteht diese Rechtsgemeinschaft schon vor Abschluss des Depotvertrages mit dem Bankier und tritt diese Gemeinschaft beim Abschlusse des Depotvertrages dem Bankier als gewollte, bewusste und in sich geschlossene gegenüber. Beim Sammeldepot dagegen entsteht die Gemeinschaft erst nach und infolge des Abschlusses des Depotvertrages mit der Bank und ist eine rein zufällige und stetig wechselnde.

Bei einem Gemeinschaftsdepot kann der Bankier mangels einer besonderen abweichenden vertragsmässigen Bestimmung das ganze Depot an jeden der mehreren Mithinterleger nach seinem Belieben herausgeben, denn die mehreren Hinterleger sind dem Bankier gegenüber im Zweifel als Gesamtgläubiger anzusehen (§ 428 B.G.B.). In den Depotordnungen der Banken wird gewöhnlich diese Folgerung noch ausdrücklich vertragsmässig festgelegt. So hat z. B. die Reichsbank die Bestimmung getroffen: „Mehrere einzelne Personen, höchstens aber drei, können gemeinschaftlich Papiere niederlegen, wenn sie den Niederlegungsantrag mit folgendem Zusatze einreichen:

„Ueber die hinterlegten Wertpapiere, sowie die eingehenden Gelder kann durch jeden einzelnen von uns oder durch die Rechtsnachfolger eines jeden verfügt und quittiert werden“.“ [1])

In der Praxis des deutschen Bankwesens hat sich das Gemeinschaftsdepot in jüngster Zeit namentlich unter dem Einflusse französischer Vorbilder eingebürgert.[2]) Sie werden vielfach von Ehegatten, Geschwistern und sonstigen Personen, die ein gemeinschaftliches Vermögen besitzen und verwalten, errichtet zu dem Zwecke, dass im Falle der Erkrankung oder sonstigen Verhinderung der einen Person die Verwaltung des Vermögens nicht erschwert sei oder damit beim Ableben der einen Person der Erbgang sich vereinfache. Mit dem Tode des einen Mithinterlegers kann der Ueberlebende ohne jede Formalität über das ganze Depot verfügen. In Frankreich sind derartige Gemeinschaftsdepots (dépôts joints) auch aus dem Grunde sehr beliebt, um im Todesfalle die Einmischung des Steuerfiskus zu verhindern. Da aber das französische Zivilrecht[3]) die Auslieferung des ganzen Depots nach dem Tode eines Hinterlegers an den oder die überlebenden Hinterleger dem Verwahrer untersagt und ein französisches Gesetz vom Jahre 1903 sämtlichen Bankiers die Verpflichtung zur genauen Angabe sämtlicher bei ihnen errichteten Depots nach Namen, Wohnort und Stand der Hinterleger auferlegt, werden derartige Gemeinschaftsdepots von Franzosen vielfach im Auslande, namentlich in Deutschland, errichtet.

Das B.G.B. kennt eine derartige Beschränkung wie das

---

[1]) S. Allgemeine Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank vom November 1900, XI; s. auch Bestimmungen der bayrischen Handelsbank über die Aufbewahrung von Wertpapieren, A. Ziff. 14. Die kgl. Bank nimmt in ihren Bedingungen der Annahme offener Depots (Ziff. 2 Abs. IV) eine andere Stellung ein. Es ist dort bestimmt: „Wird ein Depot von mehreren oder von einer Korporation übergeben, so haben diese für alle Verfügungen über das Depot einen Bevollmächtigten zu benennen, welchem auch der Depositenschein ausgehändigt wird.“

[2]) Vgl. Artikel der Frankfurter Zeitung, II. Morgenblatt vom 17. Dezember 1903 und 14. Januar 1904 über „Gemeinschaftsdepots an Wertpapieren“.

[3]) Art. 1939 des *code civil* bestimmt: *„En cas de mort naturelle ou civile de la personne, qui a fait le dépôt la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héretier.*

französische Recht nicht. Für den Verwahrer ist es vollkommen gleichgültig, wie sich das interne Rechtsverhältnis zwischen den Mithinterlegern darstellt und ob mit der Einrichtung des Gemeinschaftsdepots eine Verschiebung des Eigentums beabsichtigt oder vollzogen wird. Die Gesamtgläubigerschaft wird durch den Tod eines Mithinterlegers oder durch die Konkurseröffnung über das Vermögen eines solchen nicht berührt. An Stelle des Verstorbenen oder Gemeinschuldners treten seine Erben, bzw. die Konkursmasse *ipso iure* in das Gesamtgläubigerverhältnis ein.

§ 8.

Freie und gesperrte Depots.

Ein wichtiger Unterschied besteht auch zwischen den sogenannten gesperrten und den freien Depots. In der Regel kann der Deponent über sein Depot bei der Bank vollkommen frei verfügen. Ist dies der Fall, dann liegt ein freies Depot vor. Es kann aber auch zwischen dem Bankier und dem Hinterleger vereinbart werden, oder auf Grund gesetzlicher Vorschriften sich ergeben, dass die freie Verfügungsberechtigung des letzteren mehr oder minder beschränkt oder ganz ausgeschlossen ist. Dann ist das Depot ein gesperrtes. Die Sperrung kann entweder eine zeitliche oder eine dauernde sein, je nachdem die Beschränkung oder Ausschliessung der Verfügungsmacht des Hinterlegers für eine bestimmte Zeitdauer oder für immer vereinbart wird.

Eine Sperrung der Verfügungsfähigkeit des Hinterlegers kann auf Grund der verschiedenartigsten Rechtsbeziehungen vorkommen. Es können Wertpapiere bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle zum Zwecke der Erfüllung eines Schuldverhältnisses mit der Erklärung des Schuldners hinterlegt werden, dass er auf das Rücknahmerecht verzichte. Dann ist eine Rücknahme des Depots durch den Hinterleger gemäss § 376 Abs. II Ziffer 1 B.G.B. ausgeschlossen. Es können Wertpapiere mit der Bestimmung in Depot gegeben werden, dass die Herausgabe nur mit Zustimmung einer dritten Person verlangt werden kann. Dann erfolgt nach § 328 B.G.B. die

Herausgabe der deponierten Wertpapiere an den Hinterleger nur mit Genehmigung jener dritten Person oder ihres ordnungsgemäss legitimierten Rechtsnachfolgers. Der Hinterleger kann auch bei der Hinterlegung erklären, dass eine dritte Person vertragsmässig oder auf Grund einer letztwilligen Verfügung die Zinsen-, Renten- und Gewinnanteilscheine der hinterlegten Wertpapiere auf eine bestimmte Zeit oder auf Lebensdauer zu ziehen berechtigt ist. In diesem Falle erfolgt die Rückgabe des Depots vor Ablauf der vereinbarten Zeit an den Hinterleger ebenfalls nur mit Zustimmung der dritten Person oder nach Beibringung einer standesamtlichen Bescheinigung über deren Ableben.

Die Reichsbank regelt ausdrücklich den Fall, dass Wertpapiere zur Sicherung des einem Offizier bei seiner Verheiratung versprochenen Zuschusses niedergelegt werden. Dann erfolgt die Aushändigung der hinterlegten Wertpapiere an den Hinterleger nur unter schriftlicher Zustimmung der zuständigen Militärbehörde.[1])

Auch auf Grund familienrechtlicher Verhältnisse kann eine Sperrung des Depots eintreten. Der Hinterleger kann in der Anmeldung zur Hinterlegung der Bank gegenüber erklären, dass er als Inhaber der elterlichen Gewalt (Vater oder Mutter) oder als Vormund oder Pfleger, der von der Verpflichtung zur Hinterlegung befreit ist,[2]) handele. Die Banken verlangen in diesem Falle vom Hinterleger die Einreichung des Geburtsscheines des Mündels und einen Nachweis von der Befreiung von der Vorschrift des § 1814 B.G.B. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kann der Hinterleger nicht nur über die Zinsen und Gewinnanteile, sondern auch über das Kapital verfügen, aber nur bis zur Erreichung der Volljährigkeit des Mündels. Tritt diese ein, was die Bank aus dem Geburtsschein ersehen kann, so geht das Verfügungsrecht auf den Mündel über. Hier tritt also die Sperrung der Verfügungsmacht des Hinterlegers erst nach einer bestimmten Befristung ein.

---

[1]) Vgl. Allgemeine Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank vom November 1900, XI A 14 B.

[2]) Vgl. §§ 1814, 1817, 1853, 1903 B.G.B.

Die aufgeführten Fälle haben das Gemeinschaftliche, dass bei ihnen die Sperrung der Verfügungsmacht des Hinterlegers auf Grund dessen freiwilliger Willenserklärung gegenüber der Bank und der Annahme dieser Erklärung seitens der Bank, also vertragsmässig, entsteht. Nun gibt es aber auch Fälle, in denen die Sperrung kraft Gesetzes erfolgt. Dies tritt ein, wenn eine Bank, welche auf Grund des Art. 144 Einf.-Ges. z. B.G.B. durch die Landesgesetzgebung zur Hinterlegungsstelle erklärt wurde,[1]) Wertpapiere, welche zum Bestandteile eines Mündelsvermögens gehören und der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts unterliegen, in Depot nimmt. Dann tritt eine Sperrung insofern *ipso iure* ein, als der Vormund oder Pfleger nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts über die Wertpapiere selbst einschliesslich der Erneuerungsscheine verfügen kann. Solange die Aufhebung der Vormundschaft oder Pflegschaft nicht nachgewiesen ist, ist zur Auslieferung dieser sogenannten Mündeldepots die seitens des Vormundschaftsgerichtes erklärte Genehmigung der Aushändigung an den namentlich zu bezeichnenden Empfänger erforderlich. Die eingehenden Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine werden dem Deponenten ohne Berechtigungsprüfung ausgehändigt.

Ein kraft Gesetzes gesperrtes Depot liegt auch vor, wenn eine im gesetzlichen Güterstande oder im Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft lebende Ehefrau mit Zustimmung ihres Mannes die zu ihrem eingebrachten Gute gehörigen Wertpapiere deponiert. Die Frau kann dann nur mit Einwilligung ihres Mannes über dieses Depot verfügen.[2]) Die Depotordnungen der Banken enthalten in der Regel die ausdrückliche Bestimmung, dass Ehefrauen zur Verfügung über die auf ihren Namen hinterlegten Depots die Ermächtigung ihrer Ehemänner beibringen müssen. Derartige allgemein gefasste Bestimmungen sind meistens einschränkend zu interpretieren. Dadurch soll nicht den Ehefrauen zur Verfügung über Depots die Beibringung der ehemännlichen Einwilligung

[1]) So z. B. in Bayern die kgl. Bank in Nürnberg und deren Filialbanken, in Preussen die Reichsbank, die Frankfurter Bank usw.

[2]) S. §§ 1395, 1525 Abs. II B.G.B.

auch in den Fällen zur Pflicht gemacht werden, in welchen sie nach den Vorschriften des ehelichen Güterrechts zur selbständigen Verfügung berechtigt sind, wie beim Güterstande der Gütertrennung, oder wenn es sich um Vorbehaltsgut der Ehefrau handelt. Es will damit lediglich ausgedrückt werden, dass die Ehefrau nur mit Zustimmung ihres Mannes über das Depot verfügen kann, sofern sie nicht beweist, dass sie auch ohne diese Zustimmung ein Verfügungsrecht hat.

Drittes Kapitel.

Die Depotverträge nach ihren einzelnen rechtlichen Beziehungen.

§ 9.

Die Entstehung der Effektendepots.

Zur Entstehung eines Effektendepots ist eine Einigung zwischen dem Bankier und dem Hinterleger, durch welche ersterer sich zur Verwahrung der dem letzteren gehörigen Effekten verpflichtet, und die Uebergabe dieser Effekten an den Bankier erforderlich und genügend. Der Depotvertrag ist also seiner Natur gemäss Realvertrag,[1]) d. h. ein Depotvertrag kommt nicht lediglich durch eine Parteivereinbarung zustande, sondern es muss noch die tatsächliche Uebergabe der Effekten, welche den Gegenstand des Depotvertrages bilden, an den Verwahrer hinzukommen. Einigung und Uebergabe können nach den Grundsätzen unseres bürgerlichen Rechtes formlos erfolgen. Eine Ausnahme besteht nur für die Begründung unregelmässiger und beschränkt regelmässiger Depots. Bei diesen ist gemäss § 2 Depot-Gesetz für die Einigung Schriftlichkeit erforderlich. In der Praxis werden in

[1]) So auch die herrschende Meinung. Vgl. insbes. Staudinger, Kommentar zum B.G.B., Einleitung zum 12. Titel des II. Buches Nr. 2 und die dort angeführte Literatur; Planck, Kommentar zum B.G.B., Vorbemerkung zum 4. Titel des II. Buches; Motive II 569ff.; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I § 185 S. 1160. Anderer Meinung Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 564.

der Regel alle Bankdepotverträge schriftlich abgeschlossen, indem der Deponent ein von der Bank erhältliches Antragsformular unterzeichnet, in welches die von ihm zu deponierenden Wertpapiere nach ihren Unterscheidungsmerkmalen eingetragen werden und er dafür seitens der Bank einen Depotschein ausgestellt erhält.[1])

Meistens fallen Einigung und Uebergabe zeitlich zusammen. Es kann aber auch die Einigung der Uebergabe und umgekehrt die Uebergabe der Einigung vorausgehen. Der Depotvertrag kommt dann aber erst zustande, wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind. Geht die Vereinbarung der Uebergabe voraus, so liegt noch kein Depotvertrag vor, sondern lediglich ein Vorvertrag über die künftige Verwahrung der erst zu übergebenden Effekten — ein sogenanntes *pactum de deponendo.* Das darf aber nicht so verstanden werden, als ob ein derartiger Vorvertrag so lange unwirksam wäre, bis die Uebergabe hinzutritt. Dieser Vorvertrag erzeugt eine rechtliche Bindung des Bankiers, sein Versprechen, bestimmte ihm zu übergebende Wertpapiere zu verwahren, zu erfüllen; er begründet nur noch keinen Depotvertrag mit den im Gesetze aufgestellten rechtlichen Folgen. Eine rechtliche Bindung des Bankkunden dagegen, die Effekten nun auch wirklich der Bank in Depot geben zu müssen, wird man in der Regel, d. h. wenn nichts Gegenteiliges ausdrücklich vereinbart ist, auf Grund eines derartigen Vorvertrages nicht annehmen können. Der Kunde kann ja gemäss § 695 B.G.B. das bereits übergebene Depot jederzeit zurückverlangen und dadurch den Depotvertrag zum Erlöschen bringen. Er ist deshalb wohl auch berechtigt, von einer Vereinbarung über einen künftigen Depotvertrag jederzeit zurückzutreten. Denn es wäre doch ein zweckloser Formalismus, wenn der Kunde das Depot der Bank erst übergeben müsste, um es sofort nach der Uebergabe wieder zurückzuverlangen. Der Kunde wird aber durch den Rücktritt vom Vorvertrage nicht auch von seiner Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung

[1]) Ueber diese Papiere s. Näheres in § 12.

befreit, sondern lediglich von der Verpflichtung zur Hingabe der Wertpapiere in das Depot des Bankiers.

Geht die Uebergabe der Einigung voraus, dann kommt es darauf an, auf Grund welcher Rechtsverhältnisse die Uebergabe erfolgt ist. In der Zwischenzeit, d. h. in der Zeit von der erfolgten Uebergabe an bis zum Hinzutreten der Vereinbarung eines Verwahrungsvertrages, bestimmen sich die rechtlichen Beziehungen der Parteien nach Massgabe dieser Rechtsverhältnisse. Zum Zustandekommen eines Depotvertrages ist es nämlich nicht erforderlich, dass die Uebergabe gerade zum Zwecke des Abschlusses eines Depotvertrages erfolgt ist. So kann z. B. *A* mit dem Bankier *B*, nachdem er dem *B* Wertpapiere verkauft und übergeben, späterhin aber den Kaufvertrag rückgängig gemacht hat, vereinbaren, dass dieser die ihm übergebenen Wertpapiere nun als Depot des *A* verwahren soll. Mit dem Abschlusse dieser Vereinbarung ist ein vollkommen rechtsgültiger Depotvertrag zustande gekommen. Es liegt ein der *brevi manu traditio* beim Eigentumsübergang analoges Verhältnis vor.[1])

Die Uebergabe kann beim Depotvertrag auch durch *constitutum possessorium* ersetzt werden. Dieses liegt dann vor, wenn der Kunde Wertpapiere, die sich im Besitze des Bankiers befinden, von diesem kauft oder eintauscht und dann vereinbart, dass der Bankier diese Wertpapiere nun als Depot verwahren soll.[2]) Mit Abschluss dieser letzteren Vereinbarung ist das Eigentum an den betreffenden Wertpapieren auf den Kunden übergegangen und gleichzeitig der Depotvertrag zustande gekommen. Voraussetzung ist hierbei, dass die Spezialisierung der Papiere durch den Kauf-, resp. Tauschvertrag genügend festgelegt ist. Hat der Kunde von der Bank nur eine bestimmte Menge einer bestimmten Gattung von Wertpapieren ohne Spezialisierung der einzelnen Stücke gekauft, so erfolgt der Eigentumsübergang auf den Käufer und damit die Entstehung des Depotverhältnisses nicht schon mit Abschluss der Vereinbarung eines Depotvertrages, sondern

[1]) Vgl. § 929 S. 2 B.G.B.

[2]) Vgl. § 930 B.G.B.

erst mit der tatsächlichen Spezialisierung der Effekten. Die Spezialisierung kann auf verschiedene Weise erfolgen, so z. B. durch Bezeichnung der Effekten mit dem Namen des Käufers, durch Buchung der Nummern für den Käufer, durch Nummernaufgabe an den Käufer. Es ist hier nicht an den Fall gedacht, wo der Bankier dem Kunden als Kommissionär gegenübersteht, und von dem ihm im § 400 H.G.B. eingeräumten Selbsteintrittsrechte Gebrauch macht, sondern an den Fall, wo ein Kaufmann als Proprehändler, z. B. eine Bank ihre eigenen Pfandbriefe verkauft.[1]) In einem derartigen Falle finden die Vorschriften des § 3 Dep.-Ges., welche das Vorliegen eines Kommissionsvertrages[2]) voraussetzen, keine Anwendung, d. h. der Bankier kann hier — und wird dies auch in der Regel tun — die Spezialisierung durch Uebersendung eines Stückeverzeichnisses vornehmen, aber er ist dazu nicht verpflichtet und insbesondere nicht an die in § 3 Dep.-Ges. normierten Fristen gebunden.

Die Uebergabe der zu deponierenden Effekten erfolgt in der Regel persönlich. Eine Reihe von Banken nehmen verschlossen aufzubewahrende Depots mit Rücksicht auf ihre eigene Sicherheit überhaupt nur an, wenn diese im Geschäftslokal der Bank durch den Hinterleger übergeben werden.[3]) Die Uebergabe kann aber auch durch einen vom Hinterleger bevollmächtigten Dritten oder durch Einsenden mittels der Post erfolgen. Dann ist die Uebergabe und damit der Depotvertrag erst zustande gekommen, wenn der Dritte oder die Post die Wertpapiere dem Verwahrer ausgeliefert hat. Anders

---

[1]) Es kann allerdings auch vorkommen, dass Banken Kommissionsaufträge bezüglich ihrer eigenen Pfandbriefe ausführen. Doch regelmässig erscheint der Handel in denselben für sie als Propregeschäft. Vgl. v. Pechmann S. 21 Anm. *; Strohal in Holdheims Wochenschrift 1893 Nr. 21 S. 344.

[2]) In der Praxis ist es allerdings vielfach zweifelhaft, ob ein Kommissions- oder ein Propregeschäft vorliegt. (Vgl. Grünhut in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. III S. 169; Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 9 zu § 383.)

[3]) Vgl. z. B. Reglement der bayr. Hypotheken- und Wechselbank für geschl. Depots § 2 Abs. IV; Bestimmungen der bayr. Handelsbank über die Aufbewahrung von Wertpapieren B 1.

liegt die Sache, wenn die Bank die zu deponierenden Effekten durch eine von ihr bevollmächtigte Person bei dem Hinterleger abholen lässt. Hier ist die Uebergabe und damit die vertragsmässige Haftung der Bank schon mit der Aushändigung der Effekten an den bevollmächtigten Dritten zur Entstehung gelangt.

Die Uebergabe kann auch in der Weise vor sich gehen, dass der Bankkunde die Bank anweist, ihm gehörige, aber im Besitze eines Dritten befindliche Wertpapiere einzukassieren und dann als Depot zu verwahren. In diesem Falle ist der Depotvertrag erst perfekt, wenn die Bank auf Grund ihres Inkassomandats die Wertpapiere tatsächlich einkassiert hat.

Die persönliche Uebergabe, die Uebergabe durch einen Bevollmächtigten oder durch die Post, und die Ersetzung der Uebergabe durch Ausübung eines Inkassomandats haben das Gemeinschaftliche, dass es sich hierbei um Wertpapiere handelt, welche schon vor Begründung des Depotvertrages im Eigentum des Deponenten standen. Nun gibt es aber auch Fälle, in denen erst mit der Entstehung des Depotverhältnisses das Eigentum für den Deponenten erworben wird. Das liegt vor:

1. In dem bereits erwähnten Falle, wo der Bankier durch Propregeschäft eine bestimmte Menge einer bestimmten Gattung vertretbarer Wertpapiere verkauft und dann für den Käufer in Depot behält.
2. In dem praktisch wichtigeren und häufigeren Falle, dass ein Depot auf Grund eines Kommissionsvertrages entsteht.

§ 10.

Die Entstehung der Effektendepots auf Grund von Kommissionsverträgen insbesondere.

Es soll hier nicht die ganze Rechtslage zwischen Kommittenten und Kommissionär untersucht werden, die sich ergibt, wenn Wertpapiere Gegenstand eines Kommissionsvertrages sind, da ja die Beziehungen dieser Personen zueinander nicht auf Grund des Depotverhältnisses, sondern als Ausfluss des Kommissionsvertrages entstehen und deshalb aus dem Rahmen meiner Darstellung herausfallen. Hier soll nur die

Art und Weise und der Zeitpunkt der Entstehung der Depotverhältnisse auf Grund von Kommissionsverträgen berücksichtigt werden. Es sind hierbei drei Fälle von Kommissionsverträgen zu unterscheiden, — die Einkaufskommission, die Verkaufskommission und die Kommission zum Umtausche von Wertpapieren oder zur Ausübung von Bezugsrechten.

I. Die Einkaufskommission liegt vor, wenn ein Kunde (Kommittent) einen Bankier als Kommissionär (§ 383 H.G.B.) beauftragt, Wertpapiere für ihn in eigenem Namen zu kaufen. Der Einkaufsauftrag kann vom Kommissionär nun in der Weise ausgeführt werden, dass er die Wertpapiere von einem Dritten zu den ihm aufgegebenen Bedingungen[1]) bezieht, oder auch durch Selbsteintritt des Kommissionärs erledigt werden (§ 400 H.G.B.).

Wenn der Kommissionär als Selbstkontrahent eintritt, ist er Eigentümer der zu liefernden Wertpapiere, wenn er mit einem Dritten abschliesst, wird er, da er im eigenen Namen auftritt, zunächst selbst Eigentümer des Kommissionsgutes.[2]) Dieses Eigentum hat der Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrages auf den Kommittenten zu übertragen. Das geschieht entweder durch Aushändigung der Papiere oder durch *constitutum possessorium* (§ 930 B.G.B.). Der erstere Fall lässt kein Depotverhältnis entstehen und interessiert

---

[1]) Der Kommissionär wird in der Regel beauftragt „bestens" abzuschliessen, oder es wird ein Limit gesetzt, d. h. ein Höchstpreis bestimmt, der nicht überschritten werden darf.

[2]) Dass der Eigentumserwerb zunächst für den Kommissionär eintritt, war schon vor dem Inkrafttreten des Bankdepotgesetzes die herrschende Meinung. Nur Strohal (s. Vortrag desselben auf dem XXII. deutschen Juristentag, abgedruckt in Holdheims Wochenschrift 1893 S. 361) und Schey (s. Holdheims Monatsschrift 1896 S. 78) waren anderer Ansicht. Ersterer wollte auf Grund des Art. 368 des alten H.G.B. (jetzt § 392) dem Kommissionär nur ein prokuratorisches Gläubigerrecht und dem Kommittenten das wirkliche Eigentum zugestehen; letzterer wollte schon von dem Augenblicke an, in welchem die Papiere ordnungsgemäss bezogen werden konnten, eine entsprechende Quantität der in den Beständen des Kommissionärs überhaupt vorhandenen Effekten für den Kommittenten dinglich verfangen sein lassen. Nach dem Inkrafttreten des Depotgesetzes, speziell des § 7, ist dies nicht mehr bestreitbar und wird auch in der Literatur nicht mehr bestritten.

uns deshalb hier nicht weiter. Der letztere dagegen pflegt gerade zu dem Zwecke gewählt zu werden, um ein Depotverhältnis zu begründen.

Was zur Gültigkeit des *constitutum possessorium* erforderlich ist, bestimmt sich jetzt nach dem B.G.B.[1]) Nach §§ 930, 928 B.G.B. ist zum *constitutum possessorium* nötig:

1. Die Willenseinigung über den Eigentumsübergang.
2. Die Vereinigung eines besonderen Verhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Ein solches Verhältnis ist gemäss § 868 B.G.B. das Depotverhältnis.

Beide Rechtsakte bedürfen keiner bestimmten Form und müssen auch nicht gleichzeitig erfolgen.[2]) Vereinbaren Kommissionär und Kommittent, nachdem ersterer sich die Effekten verschafft hat, dass diese nunmehr für den Kommittenten im Depot des Kommissionärs verbleiben sollen, so ist mit Abschluss dieser Vereinbarung das *constitutum possessorium* vollzogen, der Kommittent Eigentümer der Effekten geworden und das Depotverhältnis zur Entstehung gelangt.

In der Regel wird aber eine derartige Vereinbarung dem Ankaufe der Effekten, bzw. der Erklärung des Kommissionärs, dass er von seinem Selbsteintrittsrechte Gebrauch mache, vorausgehen und mit dem Abschlusse des Kommissionsvertrages zeitlich zusammenfallen. Dann ist diese Vereinbarung noch kein *constitutum possessorium* im Sinne des § 930 B.G.B., denn sie wird nicht zwischen dem Eigentümer der Effekten und dem Erwerber, sondern zwischen demjenigen, der sich das Eigentum erst verschaffen soll und dem Erwerber abgeschlossen. Es ist lediglich eine rechtsverbindliche Vorvereinbarung über das später zu vollziehende *constitutum*

[1]) Nach gemeinem Rechte genügte zur Besitzübertragung durch *constitutum possessorium* der Umstand, dass der Kommissionär die von ihm für Rechnung des Kommittenten angeschafften Papiere in irgend einer Weise für diesen spezialisierte. Nach preussischem Landrechte war ausserdem noch eine Aufbewahrungserklärung des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten erforderlich (vgl. Begründung zum Depotgesetzentwurfe S. 70/71).

[2]) Vgl. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Anm. 2 u. 4 zu § 930; Bemerkungen III zu § 929; Protokolle Bd. III S. 196.

possessorium. Hat sich der Kommissionär das Eigentum der Effekten verschafft, dann ist er auf Grund der Vereinbarung verpflichtet, das *constitutum possessorium* zu vollziehen und kann dies auch, da es sich um die Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit handelt, mit sich selbst gemäss § 181 B.G.B. vornehmen.[1]) Das Kontrahieren des Kommissionärs für sich selbst einerseits, mit sich als Vertreter des Kommittenten anderseits, kann auch stillschweigend erfolgen und wird immer dann anzunehmen sein, wenn der Kommissionär in einer nach aussen offensichtlichen Weise dokumentiert, dass er nunmehr die Effekten als Depot des Kommittenten halten wolle. Das kann geschehen durch Absonderung dieser Papiere in einem bestimmten Behältnisse, durch Bezeichnung der Papiere mit dem Namen des Kommittenten, durch Buchung der Nummern für denselben oder auch durch eine detaillierte Anzeige über den Vollzug.[2]) Eine bloss allgemeine Anzeige über die Ausführung des Geschäftes genügt noch nicht.

Solange aber der Kommissionär das *constitutum possessorium* weder ausdrücklich noch stillschweigend vornimmt, bleibt er selbst Eigentümer der Effekten; der Kunde hätte an sich nur das Mittel der Klage, um ihn zur Vornahme des *constitutum possessorium* zu zwingen. Darin läge aber für den Kommittenten eine grosse Gefahr. Die gerichtliche Entscheidung könnte sich lange hinausziehen, unterdessen könnte der Kommissionär in Konkurs geraten. Der Kommittent hätte dann lediglich einen Anspruch auf die Konkursdividende, aber kein Aussonderungsrecht. Um dieser Gefahr vorzubeugen und zugleich aus der weiteren Erwägung heraus, dass dem Kommittenten die Möglichkeit gegeben werden muss, sein

[1]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 31 zu § 383; Staudinger, Kommentar Anm. 4 zu § 430: Entsch. d. R.G. Bd. 52 S. 130.

[2]) Vgl. Staudinger, Kommentar Anm. 4 zu § 930; Motive Bd. III S. 99; Protokolle III S. 199; Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 25 S. 251 f.; Entsch. d. R.G. Bd. 11 S. 60; Seufferts Archiv Bd. 34 Nr. 270, Bd. 36 Nr. 127, Bd. 39 Nr. 291; Mugdan-Hahn, Materialien zum H.G.B. S. 387; Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften S. 115; Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 73.

Recht an den Wertpapieren jederzeit in wirksamer Weise zur Geltung bringen zu können, wozu in der Regel die Kenntnis der Nummern und sonstigen Unterscheidungsmerkmale der einzelnen Stücke erforderlich ist, hat § 3 des Dep.-Ges. dem Kommissionär die Verpflichtung auferlegt,[1]) dem Kommittenten binnen drei Tagen vom Erwerb der Stücke oder vom Ablaufe des Zeitraumes an, innerhalb dessen er nach der Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsgemässem Geschäftsgange ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte, ein genaues Verzeichnis der Stücke mit Angabe der Gattung, des Nennwertes, der Nummern oder der sonstigen Unterscheidungsmerkmale zu übersenden. Wenn der Kommissionär dies unterlässt, so kann ihn der Kommittent nach § 4 Dep.-Ges. zur Nachholung seiner Verpflichtung auffordern. Lässt der Kommissionär daraufhin wiederum drei Tage verstreichen, ohne dieser Aufforderung Folge zu leisten, so kann der Kommittent das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dieses Recht hat der Kommittent aber nur innerhalb dreier Tage nach Ablauf der Nachholungsfrist. Lässt er diese drei Tage[2]) unbenutzt verstreichen, so bedarf es einer erneuten Aufforderung an den Kommissionär,

---

[1]) Diese Verpflichtung des Kommissionärs tritt natürlich nur dann ein, wenn es sich um Wertpapiere der in § 1 Depotgesetz bezeichneten Art handelt.

[2]) Die Berechnung der im Depotgesetze normierten Fristen erfolgt jetzt gemäss § 186 B.G.B. nach den Vorschriften der §§ 187 ff. B.G.B., obwohl das Depotgesetz vor dem B.G.B. in Kraft getreten ist und der früher für die Berechnung der Fristen massgebende Art. 330 des alten H.G.B. abweichende Bestimmungen enthielt. Die dreitägige Frist wird also erst vom Beginne des der Aufforderung des Kommittenten an den Kommissionär folgenden Tages an gerechnet und endigt mit Ablauf des dritten Tages. Ist der dritte Tag ein Sonntag oder staatlich anerkannter Feiertag, so endigt die Frist erst mit dem Ablaufe des nachfolgenden Werktages (§§ 187 Abs. I, 188 Abs. I, 193 B.G.B.). Hat z. B. der Kommittent die Nachholungsfrist am 1. Oktober 1904 gesetzt und ist der 4. Oktober 1904 ein Sonntag, so endigt diese Frist um Mitternacht vom 5. auf den 6. Oktober. Die dem Kommittenten dann zustehende Frist endigt um Mitternacht des 8. auf den 9. Oktober (§ 187 Abs. II B.G.B.). Unrichtig Stenglein, Anm. 1 zu § 4.

das Stückeverzeichnis ihm zu übersenden, an welche Aufforderung sich dann die gleichen Folgen knüpfen.

Schweyer[1]) ist der Ansicht, dass eine Versäumung der dreitägigen Erklärungsfrist für den Kommittenten die Bedeutung habe, dass eine *compensatio morae* in dem Sinne eintrete, dass die Rechtswirkungen, welche durch den vorausgehenden Verzug des Kommissionärs bereits eingetreten seien, durch die nachfolgende *mora* des Kommittenten wieder aufgehoben werden und es sich für den letzteren nur erübrige, die Aushändigung des Stückeverzeichnisses gegen den Kommissionär klageweise geltend zu machen. Diese letztere Schlussfolgerung ist unzutreffend. Es tritt allerdings eine *compensatio morae* ein, aber diese hat nicht die Bedeutung, dass der Kommissionär überhaupt die Vorteile des § 4 Dep.-Ges. verliert, sondern nur die Bedeutung, dass er der bereits gesetzten Bedingungen dieser Vorteile verlustig geht. Es steht durchaus nichts im Wege, dass er diese Bedingungen, nachdem sie infolge seines Verzuges in Wegfall gekommen sind, von neuem setzt. Dann können sich auch an diese neuerdings gesetzten Bedingungen die Folgen des § 4 Dep.-Ges. wieder anschliessen.[2])

Die Erklärung des Kommittenten, dass er das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückweise und Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruche, braucht nicht so beschaffen zu sein, dass aus ihr unzweifelhaft hervorgeht, dass die Zurückweisung aus dem im § 4 Dep.-Ges. angegebenen Grunde erfolgt. Der Abs. II des § 4 spricht allerdings davon, dass die Aufforderung des Kommissionärs ihre Wirkung verliere, wenn der Kommissionär nicht binnen drei Tagen nach Ablauf der Nachholungsfrist erklärt hat, dass er von dem im Abs. I bezeichneten Rechte Gebrauch machen wolle. Nach dem Wortlaute dieser Stelle könnte man nun annehmen, dass in der Zurückweisungserklärung eine Bezugnahme auf das durch Abs. I des § 4 gegebene Recht enthalten sein müsse. Das trifft aber nicht zu. Der Gesetzgeber wollte dem Kommittenten dem Kommissionär gegenüber einen mög-

[1]) S. 128.

[2]) Vgl. auch Lusensky zu § 4; Apt S. 35; Koref S. 41.

lichst weitgehenden Schutz angedeihen lassen. Es muss deshalb genügen, wenn die Zurückweisung fristgemäss, aber ohne Motivierung, ja selbst wenn sie mit einer falschen Motivierung abgegeben wird.

Die Zurückweisungserklärung des Kommittenten kann auch erfolgen, wenn der Kommissionär das Stückeverzeichnis nach Ablauf der ihm gesetzten Nachholungsfrist übersendet. Durch die Aufforderung zur Nachlieferung des Stückeverzeichnisses wird dem Kommissionär eine Nachfrist mit festem Endtermine gesetzt. Ist auch diese verstrichen, so ist dem Kommissionär eine weitere Möglichkeit bis zur Rücktrittserklärung des Kommittenten, seinen Verzug noch durch nachträgliche Erfüllung zu beseitigen, nicht gegeben. Vielmehr ist mit Ablauf der Nachholungsfrist das Rücktrittsrecht des Kommittenten entgültig erworben und nur insofern zeitlich beschränkt, als es wieder erlischt, wenn es nicht binnen drei Tagen ausgeübt wird.[1])

Bezüglich des Beginnes der für die Uebersendung des Stückeverzeichnisses primär gesetzten Frist unterscheidet das Gesetz zwei Fälle:

1. Den Fall, dass der Kommissionär bei der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine bestimmte Person oder Firma als Verkäufer namhaft gemacht hat. Alsdann beginnt die Frist mit dem Erwerbe der Stücke durch den Kommissionär. Dazu ist nicht erforderlich, dass der Kommissionär die Stücke körperlich empfangen hat, es genügt, — was für den Fall der Beteiligung mehrerer Bankiers an der Ausführung der Kommission von Bedeutung ist —, dass der Kommissionär des Kunden durch *constitutum possessorium* des von ihm mit dem Erwerbe der Stücke beauftragten Kommissionärs Besitz und Eigentum an denselben erworben hat.[2])

2. Hat aber der Kommissionär bei der Ausführungsanzeige keinen Dritten namhaft gemacht, sei es, dass er erklärt, von seinem Selbsteintrittsrechte Gebrauch zu machen,

---

[1]) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 48 S. 7 f., auch abgedruckt in J. W. 1901 S. 15.
[2]) Vgl. Lusensky S. 60.

sei es, dass er eine diesbezügliche Erklärung überhaupt nicht abgibt,[1]) so beginnt die dreitägige Frist mit Ablauf desjenigen Zeitraumes, innerhalb dessen der Kommissionär nach Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmässigem Geschäftsgange ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte. Das ist nicht nach einem abstrakten Massstabe, sondern jeweils nach den Umständen des konkreten Einzelfalles zu entscheiden.[2])

Das Stückeverzeichnis ist auch zu übersenden, wenn der Kommissionär den ihm erteilten Auftrag an einer ausländischen Börse ausführt, gleichgültig ob er die Papiere bezieht oder im Depot des ausländischen Bankiers belässt. Im letzteren Falle hat der Kommissionär dafür Sorge zu tragen, dass er das Stückeverzeichnis vom ausländischen Bankier zur Uebermittlung an seinen Kommittenten rechtzeitig erhält.[3])

Die rechtliche Bedeutung des Stückeverzeichnisses ist die, dass spätestens mit der Absendung desselben das Eigentum an den darin bezeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten übergeht,[4]) sofern der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Der Eigentumsübergang vollzieht sich ohne Rücksicht darauf, ob der Wille des Kommissionärs darauf gerichtet war, durch die Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum der Papiere zu übertragen, oder nicht. Ist der Eigentumsübergang schon früher erfolgt, sei es durch Uebergabe, durch *constitutum possessorium* oder durch Abtretung des Herausgabeanspruches,[5]) so bleibt dieser frühere Eigentumsübergang massgebend. Die Bestimmung des § 7 Dep.-Ges. bezweckt nur die Festlegung des spätesten Zeitpunktes, in welchem der Eigentumsübergang erfolgt.

Für diesen spätesten Zeitpunkt des Eigentumsüberganges und damit für die Entstehung des Depotverhältnisses ist lediglich die Absendung des Stückeverzeichnisses massgebend, d. i.

---

[1]) Vgl. § 405 H.G.B.

[2]) Vgl. Begründung zum Depotgesetzentwurfe S. 88.

[3]) S. Begründung zum Depotgesetzentwurfe S. 88.

[4]) S. § 7 Depotgesetz. Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 53 S. 363.

[5]) §§ 929, 930, 931 B.G.B.

der Augenblick, wo der Kommissioär dasjenige tut, was von seiner Seite zur Uebermittelung des Stückeverzeichnisses an den Kommittenten erforderlich ist. Das ist der Fall, wenn der Kommissionär das Stückeverzeichnis dem Beförderer (Post, Eisenbahn, Boten usw.) zum Zwecke der Ueberbringung an den Kommittenten ausgehändigt hat.[1]) Es ist zum Eigentumsübergang nicht erforderlich, dass das vom Kommissionär ordnungsmässig abgesandte Stückeverzeichnis auch tatsächlich beim Kommittenten ankommt.

Wie lässt sich nun die Absendung des Stückeverzeichnisses, welche den Eigentumsübergang im Gefolge hat, rechtlich charakterisieren? Wie Wulff[2]) mit Recht ausführt, kann dies nicht als Uebergabe im Sinne des § 929 B.G.B. aufgefasst werden, da dem Beförderer oder Ueberbringer der Wille fehlt, für den Kommittenten Eigentum zu erwerben, sondern seine Absicht lediglich auf den ihm aufgetragenen Transport gerichtet ist, dieser also auch nicht als Stellvertreter des Kommittenten zum Erwerbe des Eigentums aufgefasst werden kann.

In der Regel wird die Absendung des Stückeverzeichnisses, sofern sie Eigentumsübergang bewirkt, sich als *constitutum possessorium* im Sinne des § 930 B.G.B. darstellen. Aber dies nur dann, wenn ein diesbezüglicher Wille des Kommissionärs vorhanden ist.

Aber auch wenn dieser Wille nicht vorhanden ist, erfolgt durch die Absendung des Stückeverzeichnisses ein Eigentumsübergang, da das Gesetz die Eigentumsübertragung lediglich an die Tatsache der Absendung des Stückeverzeichnisses knüpft, ohne auf die Absicht des Kommissionärs Rücksicht zu nehmen. In einem solchen Falle bleibt nichts anderes übrig, als eine neue, auf dem Gesetz beruhende Art der Eigentumsübertragung anzunehmen. Zu demselben Resultate gelangt auch Staub,[3]) allerdings auf Grund einer meines Erachtens unrichtigen Schlussfolgerung. Staub führt aus, der Kommissionär mache durch Absendung des Stückeverzeichnisses den Kommittenten

[1]) Vgl. Staub, Kommentar z. H.G.B. Anm. 28 zu § 383; Wulff S. 67.
[2]) S. 67.
[3]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 30 zu § 383.

zum Eigentümer der Wertpapiere auch dann, wenn er sie selbst nicht in seinem Besitze habe, sondern nur berechtigt sei, darüber zu verfügen, wenn z. B. der Kommissionär die Papiere selbst auf diese Weise erworben und im Depot seines Kommissionärs gelassen hat. Als Beispiel führt Staub an: Ein Provinzialbankier hat im Auftrage seines Kunden 1000 Mk. Konsols durch einen Zentralbankier angeschafft. Dieser habe ihm das Stückeverzeichnis übersendet. Der Provinzialbankier sei dadurch Eigentümer, aber nicht körperlicher Besitzer geworden, könnte also zwar eine Uebergabe durch Anweisung, aber nicht durch *constitutum possessorium* ersetzen, da die Stücke gar nicht in seinem Gewahrsam seien. Es könne also nur eine neue Art der Eigentumsübertragung vorliegen.

Bei dieser Ausführung übersieht Staub, dass durch die Absendung des Stückeverzeichnisses seitens des Zentralbankiers an den Lokalbankier letzterer nicht nur Eigentümer, sondern auch mittelbarer Besitzer geworden ist. Der mittelbare Besitzer aber kann ebensogut wie der unmittelbare durch *constitutum possessorium* Eigentum übertragen.[1]) Es kann also gerade in dem von Staub angeführten Falle ein *constitutum possessorium* vorliegen, sofern nur ein diesbezüglicher Wille des Lokalbankiers vorhanden ist, und keine besondere Art der Eigentumsübertragung.

Bezüglich der Form des Stückeverzeichnisses schreibt das Gesetz nur vor, dass es die Wertpapiere nach Gattung, Nennwert, Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmalen enthalten muss. Es brauchen nur diejenigen Unterscheidungsmerkmale angegeben werden, welche zur Spezialisierung der Wertpapiere unbedingt erforderlich sind. Dass das Stückeverzeichnis vom Kommissionär unterzeichnet sein muss, sagt das Gesetz nicht. Manche[2]) verlangen eine Unter-

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 930; Protokolle Bd. III S. 204; Planck, Kommentar zum B.G.B. Anm. 2 zu § 930; Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Anm. 1 zu § 930; Biermann, Kommentar zum B.G.B. Anm. 1 zu § 930; Cosack, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts Bd. II § 187, I 1c; Entsch. d. R.G. Bd. 11 S. 57, Bd. 26 S. 182. Abweichend Endemann, Lehrbuch Bd. II § 35.

[2]) So Abg. Fritzen in der Reichstagskommission (s. stenogr. Bericht vom 10. Januar 1896 S. 231); Apt S. 33 (ohne Begründung).

zeichnung, andere[1]) wieder erklären sie für nicht erforderlich. v. Pechmann (S. 21) und Stenglein (Anm. 9 zu § 3) nehmen einen vermittelnden Standpunkt ein und halten die Unterzeichnung des Stückeverzeichnisses nur dann für erforderlich, wenn das Stückeverzeichnis ohne Begleitschreiben abgesandt wird. Dass die Ansicht Apts nicht richtig ist, ergibt sich daraus, dass die Intention des Depotgesetzes darauf gerichtet ist, den Eigentumsübergang zu erleichtern und deshalb aus dem Schweigen des Gesetzes nicht zu folgern ist, dass eine Unterzeichnung des Stückeverzeichnisses, also eine erschwerende Formalität, zum Eigentumsübergang unter allen Umständen erforderlich ist. Allein aus dieser Intention des Gesetzes darf anderseits nicht ein so weitgehender Schluss, wie dies Risser und Staub tun, gezogen werden. Es ist zwar richtig, dass das Stückeverzeichnis nicht als Verpflichtungs-, sondern lediglich als Beweisurkunde aufzufassen ist. Aber es muss sich doch irgendwie, entweder aus dem Stückeverzeichnis selbst oder dem beifolgenden Briefe, unzweifelhaft ergeben, von wem das Stückeverzeichnis herrührt. Ich möchte deshalb sagen: Eine Unterzeichnung des Stückeverzeichnisses ist nicht erforderlich:

1. wenn es entweder als Beilage oder Bestandteil eines Briefes übersendet wird, in welchem auf das Stückeverzeichnis Bezug genommen ist,
2. oder wenn aus dem Stückeverzeichnisse selbst, z. B. aus dessen Ueberschrift, in unzweifelhafter Weise dessen Herkunft ersichtlich ist.

Die Uebersendung des Stückeverzeichnisses darf unterbleiben:

1. wenn die Auslieferung der eingekauften Stücke an den Kommittenten erfolgt,
2. wenn ein Auftrag des Kommittenten zur Wiederveräusserung der eingekauften Stücke ausgeführt ist.

In beiden Fällen wäre auch eine Uebersendung des Stückeverzeichnisses vollständig überflüssig. Im ersteren vollzieht sich, wie schon erwähnt, sofort mit der Auslieferung

[1]) So insbes. Risser (S. 32) und Staub (Anm. 29 zu § 383), weil es sich um eine Beweisurkunde und nicht um eine Verpflichtungsurkunde handele.

der Papiere an den Kommittenten der Eigentumsübergang und kommt überhaupt kein Depotverhältnis zum Entstehen. Im zweiten Falle entsteht gleichfalls kein Depotverhältnis, denn hier werden die Papiere, ohne zuvor in das Eigentum des Kommittenten übergegangen zu sein, an einen Dritten weiterverkauft. Das ist nur dann anders, wenn der Käufer seinerseits die Papiere im Depot des Kommissionärs belassen will. Dann ist aber ihm das Stückeverzeichnis zu übersenden und nicht dem ursprünglichen Kommittenten.

3. Die Uebersendung des Stückeverzeichnisses darf ferner noch unterbleiben, wenn der Kommittent ordnungsgemäss darauf verzichtet. Betreibt der Kommittent gewerbsmässig Bank- oder Geldwechslergeschäfte, so kann er sowohl generell, d. h. ein für allemal, als mündlich verzichten. Auch kann der Verzicht alsdann in den Geschäftsbedingungen in rechtsgültiger Weise enthalten sein und auch aus den Umständen gefolgert werden. In allen übrigen Fällen muss der Verzicht schriftlich und ausdrücklich erfolgen und hat nur Gültigkeit, wenn er für einen bestimmten Einzelfall erklärt wird (§ 3 Absatz II Dep.-Ges.).

Darüber nun, welche Folgen ein ordnungsgemäss erklärter Verzicht auf das Stückeverzeichnis habe, herrscht in der Literatur eine grosse Kontroverse. Stenglein[1]) und Wulff[2]) sind der Ansicht, dass infolge eines solchen Verzichtes ein Depot überhaupt nicht mehr entstehe und der Kommittent lediglich einen obligatorischen Anspruch auf eine Anzahl der im Kommissionsauftrag bezeichneten Wertpapiere gegen den Kommissionär habe.[3]) Risser[4]) und Lusensky[5]) führen aus, dass allerdings eine Präsumtion zugunsten dieser Folge spreche, dass es aber nicht ausgeschlossen sei, dass der Verzicht auf das Stückeverzeichnis nach dem Willen der Parteien eine weniger weittragende Bedeutung hat, nämlich die, dass

[1]) Anm. 7 zu § 3. [2]) S. 77.

[3]) Natürlich ist damit nur ein Verzicht auf künftige Eigentumsübertragung gemeint, nicht aber auch auf einen bereits früher erfolgten Eigentumsübergang.

[4]) S. 34f. [5]) S. 63.

es lediglich ein Verzicht auf diese Art der Eigentumsübertragung sein soll. Dies sei aber nur dann anzunehmen, wenn es ausdrücklich vereinbart wird. Staub,[1]) Apt[2]) und Schweyer[3]) sind der Ansicht, dass der Verzicht auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses nur einen Verzicht auf diese Art der Eigentumsübertragung bedeutet, dass aber damit noch keine Präsumtion zugunsten eines Eigentumsverzichtes überhaupt gegeben sei. Koref[4]) endlich sucht zu begründen, dass infolge des Verzichtes geradezu eine Präsumtion für das Summendepot gegeben sei.

Ich möchte mich der Ansicht von Staub und Schweyer anschliessen. Jedenfalls ist es unrichtig, zu folgern, der Verzicht auf das Stückeverzeichnis bedeute schlechtweg einen Verzicht auf das Eigentum. Da das Depotgesetz selbst die Folgen des Verzichtes nicht normiert, die Absicht dieses Gesetzes aber auf einen möglichst weitgehenden Schutz des Kommittenten gerichtet ist, widerspricht diese Folgerung dem Zwecke des Gesetzes. Aber auch dafür, dass eine Präsumtion zugunsten des Eigentumsverzichtes besteht, lässt sich im Gesetze kein Anhaltspunkt finden. Die Vertreter dieser Ansicht sind zu ihrer Meinung namentlich auf Grund des von der Reichstagskommission gestrichenen § 4 des Depotgesetzentwurfes gekommen.[5]) Aus der Erwägung heraus, dass bei einem zweiseitigen Vertrage die Leistung der einen Seite von der Gegenleistung der anderen oder der Gewährung von Stundung abhängig ist, und dass der Kommissionär, der dem Kommittenten, ohne für seine Forderung befriedigt zu sein, das Eigentum am Kommissionsgute überträgt, also mit einem Fachausdrucke zu sprechen, „in Vorschuss gegangen ist", in dem ihm dann verbleibenden Pfandrechte eine genügende Sicherung für seine Ansprüche nicht besitze, bestimmte dieser § 4, dass der Kommissionär in einem solchen Falle die Uebersendung des Stückeverzeichnisses aussetzen dürfe, wenn er

[1]) S. Kommentar zum H.G.B., Zus. zu §§ 384/385 S. 1433.
[2]) S. 34.
[3]) S. 130 f. [4]) S. 48.
[5]) S. Komm.-Ber. S. 5.

dem Kommittenten unter Beifügung einer Rechnung über den ihm noch gutkommenden Betrag innerhalb der im § 3 bezeichneten Frist schriftlich erkläre, dass er das Verzeichnis erst nach Zahlung dieses Betrages übersenden würde. Man hat nun gefolgert, dadurch, dass diese Bestimmungen infolge der Befürchtung, es würden daraus endlose Streitigkeiten entstehen, gestrichen wurden, habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass der Kommissionär selbst darauf bedacht nehmen müsse, wie er sich bei Uebernahme von Einkaufskommissionen ohne vorherige Deckung vor Verlusten bewahre. Solche Verluste seien nämlich trotz des am Kommissionsgute bestehenden Pfandrechtes leicht möglich, weil dieses keinen Schutz gewähre bei eintretenden Kurseinbussen und im Kontokorrentverkehr eine Feststellung, ob der Kommissionär noch genügend gedeckt sei, vielfach undurchführbar sei. Es sei ferner für den Kommissionär oft sehr nachteilig, dass er einen Teil seiner Geldmittel in dem für den Kommittenten ausgelegten Kaufpreise festlegen müsse, ohne sein Betriebskapital durch Benützung der eingekauften Papiere zur Kreditbeschaffung ergänzen zu können. Am besten könne sich der Kommissionär noch gegen diese Nachteile schützen, wenn er den Kommittenten auf die Eigentumsübertragung verzichten lasse, mit einem Fachausdrucke zu sprechen, „lediglich auf Stückekonto erkenne". Dafür nun spreche aus den angeführten Gründen eine Vermutung, wenn der Kommittent ordnungsgemäss auf das Stückeverzeichnis verzichte.

Diese Erwägungen sind zwar an sich richtig, aber sie beweisen durchaus nicht, dass eine Vermutung zugunsten des Eigentumsverzichtes spricht. Im Gegenteil, nach der durch das ganze Depotgesetz sich hinziehenden Intention des Schutzes und der Begünstigung der Bankkunden, ist eine solche Präsumtion zum Schutze der Bankiers direkt zu verneinen.

Risser sucht seine Ansicht namentlich noch dadurch zu stützen, dass er ausführt: „Denn da im Gesetze ausdrücklich steht, dass mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum übergeht, so muss der Kommittent schon deshalb sich vollkommen klar darüber sein, dass er mit dem Verzichte,

auf das Stückeverzeichnis auch auf den Eigentumsübergang verzichtet, zumal ihm die anderen in § 7 vorbehaltenen Möglichkeiten des früheren Eigentumsüberganges in der Regel völlig unbekannt sind".

Es erscheint doch merkwürdig, warum der Kommittent den ersten Satz des § 7 verstehen soll und den zweiten nicht. In der Regel wird er von beiden nicht viel wissen. Der Laie erblickt das Wesentliche für den Eigentumsübergang nicht in der Absendung des Stückeverzeichnisses, sondern in der Zahlung und er würde sehr erstaunt sein, wenn er trotz Zahlung des Kaufpreises für die Papiere zufolge eines Verzichtes auf das Stückeverzeichnis im Konkurse des Kommissionärs kein Aussonderungsrecht, sondern nur eine gewöhnliche Konkursforderung hätte. Das Stückeverzeichnis hat zudem, wie schon erwähnt, nicht lediglich den Zweck der Eigentumsübertragung; es will ausserdem dem Kommittenten die Geltendmachung seines Eigentumsrechtes erleichtern. Es ist sehr leicht denkbar, dass der Kommittent nur auf diesen zweiten Zweck des Stückeverzeichnisses zu verzichten beabsichtigt, nicht aber auch auf die Eigentumsübertragung überhaupt.

Für die Ansicht von Koref, dass eine Vermutung für ein Summendepot spreche, ist kein Anhalt gegeben.

Es ist demnach daran festzuhalten, dass ein Verzicht auf das Stückeverzeichnis nur einen Verzicht auf diese Form der Eigentumsübertragung bedeutet und keine Präsumtion für einen Eigentumsverzicht schlechthin im Gefolge hat. Der Kommissionär muss, da seine Pflicht zur Uebertragung des Eigentums nicht erst eine Folge seiner Verpflichtung zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses ist, auch nach dem Verzichte auf das Stückeverzeichnis Eigentum auf den Kommittenten übertragen. Er ist nur infolge des Verzichtes nicht mehr an eine bestimmte Zeit und an eine bestimmte Form gebunden. Der Kommittent hat, wenn der Kommissionär seiner Verpflichtung nicht nachkommt, nur noch das Mittel der Klage, um ihn dazu zu zwingen. Mit dem Verzichte auf das Stückeverzeichnis hat der Kommittent auf dessen Vorteile verzichtet. Es kann natürlich auch die Absicht der

Parteien sein, dass ein Verzicht auf das Stückeverzeichnis ein Verzicht auf die Eigentumsübertragung überhaupt bedeutet. Ob dies der Fall ist, lässt sich aber nur im konkreten Einzelfalle bestimmen; eine allgemeine Vermutung besteht dafür nicht.

Soll der Verzicht diese Bedeutung haben, dann braucht nicht, wie Schweyer[1]) annnimmt, auch eine im Sinne der §§ 1 und 2 des Dep.-Ges. ausdrückliche Ermächtigung vorliegen. Denn die Pflichten des § 1 Dep.-Ges. hat der Kommissionär zufolge § 7 Abs. II l. c. erst, wenn er die in das Eigentum des Kommittenten übergegangenen Papiere im Depot behält. Soll der Verzicht auf das Stückeverzeichnis nach Absicht der Parteien ein Verzicht auf die Eigentumsübertragung überhaupt sein, so entsteht auch kein Depot für den Kommittenten und eine Befreiung von den Pflichten des § 1 Dep.-Ges. ist deshalb überflüssig.

Es ist nun noch zu prüfen, welche rechtliche Bedeutung die Uebersendung falscher Stückeverzeichnisse hat. Ist irrtümlich oder vorsätzlich ein falsches Nummernverzeichnis übersandt worden, aber das *constitutum possessorium* bereits vollzogen, so ist letzteres massgebend für das Eigentum des Kommittenten. Ist das *constitutum possessorium* noch nicht vollzogen, dann ist das Stückeverzeichnis, soweit es unrichtig ist, für den Eigentumsübergang bedeutungslos. Es ist so anzusehen, als ob der Kommissionär seiner Verpflichtung überhaupt nicht nachgekommen wäre.

Wie ist nun der Fall zu beurteilen, wenn eine Uebersendung des Stückeverzeichnisses über dieselben Papiere an verschiedene Personen, welche dem Kommissionär Aufträge erteilt hatten, erfolgt? Man wird sagen müssen, dass, nachdem das Eigentum auf eine Person durch Uebersendung des Stückeverzeichnisses übergegangen ist, eine spätere Uebertragung auf eine andere Person wirkungslos ist. Die Absendung des Stückeverzeichnisses an eine dritte Person, nachdem ein Kommittent bereits Eigentümer geworden ist, ist eine Verfügung seitens eines Nichtberechtigten, welche nicht im Stande ist, Eigentum an diese dritte Person zu übertragen, selbst dann nicht, wenn diese im guten Glauben ist. Denn

[1]) S. 131.

hier erfolgt keine Uebergabe im Sinne des § 929 B.G.B., sondern lediglich ein Ersatz der Uebergabe, welcher von den Vorschriften der §§ 932 und 933 B.G.B. nicht berührt wird. Selbst wenn der Kommissionär in einem solchen Falle dem Dritten die Papiere übergeben würde, erfolgte doch kein Eigentumsübergang auf ihn, denn diese wären dem anderen Kommittenten, der das Eigentum bereits erworben hatte, dann im Sinne des § 935 B.G.B. abhanden gekommen. Nur bezüglich der Inhaberpapiere ist nach § 935 Abs. II B.G.B. eine Ausnahme zu machen. Hier erfolgt durch die Uebergabe ein Eigentumsübergang an den zweiten Kommittenten.

Hat der Kommissionär Stückeverzeichnisse über dieselben Papiere an verschiedene Kommittenten ganz gleichzeitig abgesandt, dann hat keiner der Kommittenten Eigentum erworben und der Fall ist so zu behandeln, als ob der Kommissionär keinem der Kommittenten gegenüber seine Verpflichtung zur Absendung des Stückeverzeichnisses erfüllt hätte.

II. Eine Verkaufskommission liegt dann vor, wenn ein Bankier Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen verkauft. Durch die Hingabe der Papiere seitens des Kommittenten an den Kommissionär entsteht hier ein Depotverhältnis, allerdings nicht auf Grund eines Verwahrungsvertrages, sondern auf Grund des Auftrages zum Vollzuge des Verkaufes. Der Kommittent bleibt, wenn nichts anderes vereinbart wird, so lange Eigentümer[1]) der von ihm übergebenen Wertpapiere, bis der Bankier die Kommission ausführt, sei es, dass er an einen Dritten verkauft oder von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht. Der Bankier hat es durch das ihm gemäss § 400 H.G.B. eingeräumte Selbsteintrittsrecht in der Hand, wann er das Eigentum des Kommittenten und damit das Depotverhältnis zum Erlöschen bringen will. Das Depotgesetz trifft über dieses Verkaufsdepot keine Bestimmung. Die Begründung des Depotgesetzentwurfes (S. 101) führt zur Rechtfertigung dieser negativen Stellungnahme aus, dass dieses Geschäft, abgesehen von nicht zahlreichen Fällen, in denen infolge Limitierung des

[1]) Vgl. Schweyer § 39 S. 134; Lusensky S. 9; Koref S. 48.

Kaufpreises eine längere Aufbewahrung der Wertpapiere stattfinden kann, in der Regel in so kurzen Fristen erledigt wird, dass eine eigentliche Verwahrung kaum in Frage kommen könne. Dieses Verkaufsdepot richtet sich demgemäss nach den allgemeinen Bestimmungen des H.G.B. und B.G.B.

III. Endlich ist noch die Kommission zum Umtausche von Wertpapieren und zur Geltendmachung von Bezugsrechten in Betracht zu ziehen. Diese liegt dann vor, wenn ein Bankier als Kommissionär den Umtausch fremder Wertpapiere bewirkt, resp. mittels derselben Rechte zum Bezuge von Wertpapieren, insbesondere von neuen Aktien, welche von den Besitzern der alten Aktien beansprucht werden können, geltend macht. Es ist eigentlich eine Zusammensetzung von Verkaufs- und Einkaufskommission. Der Kommittent, der die Papiere dem Bankier zum Umtausche übergibt, bleibt zunächst, wenn nichts anderes vereinbart ist, Eigentümer derselben, bis sie der Bankier weitergibt, um den Umtausch zu vollziehen. Ein Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs ist hier ausgeschlossen.[1]) Bei der Kommission zur Geltendmachung eines Bezugsrechtes bleibt der Kommittent stets Eigentümer der übergebenen Wertpapiere, auch wenn der Kommissionär diese zur Geltendmachung des Bezugsrechtes weitergibt. Stellt sich die Verpflichtung zur Ausführung einer Umtausch- oder Bezugskommission als Folge eines bestehenden Depots zur Verwaltung dar, so bleibt dieses Depot bis zum Vollzuge unverändert fortbestehen. Erfolgt die Ausführung auf Grund eines besonderen Auftrages, so entsteht mit der Ausantwortung der Papiere an den Kommissionär ein Depotverhältnis. Dieses Depotverhältnis erlischt, wenn der Bankier die übergebenen Papiere umtauscht oder zum Zwecke der Geltendmachung des Bezugsrechtes weitergibt. Im letzteren Falle lebt aber das Depotverhältnis in dem Momente von selbst wieder auf, wo der Kommissionär die zum Zwecke der Geltendmachung des Bezugsrechtes fort-

[1]) *arg. e. contr.* § 400 Abs. I H.G.B.

gegebenen alten Stücke wieder zurückempfängt, da an diesen der Kommittent niemals sein Eigentumsrecht verloren hat.

An den neu bezogenen und umgetauschten Papieren dagegen erwirbt zunächst der Kommissionär das Eigentum und dieses geht erst mit dem Vollzuge des *constitutum possessorium* auf den Kommittenten über. Es kommt dann mit dem Vollzuge des *constitutum possessorium*, falls der Kommissionär die umgetauschten oder neu bezogenen Stücke dem Kommittenten nicht sofort aushändigt, zu einem neuen Depotverhältnisse.

Auch bei dieser Gattung von Kommissionsgeschäften ist der Kommissionär verpflichtet, dem Kommittenten ein Stückeverzeichnis zu übersenden und die Absendung desselben bewirkt auch hier den Eigentumsübergang, falls er nicht schon früher eingetreten ist. Im Gegensatze zur Einkaufskommission gelten hier aber einige Besonderheiten, welche in den §§ 5 und 6 Dep.-Ges. normiert sind.

1. Die Frist zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses ist auf zwei Wochen bemessen und beginnt stets mit dem Empfange der neuen Stücke seitens des Kommissionärs.

2. Der Kommittent kann, wenn der Kommissionär seiner Verpflichtung zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses nicht nachkommt, das Geschäft nicht, wie bei der Einkaufskommission, als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückweisen, sondern der Kommissionär verliert in diesem Falle lediglich sein Recht auf die ihm zukommende Provision, und zwar ohne dass es erforderlich ist, dass ihm eine Nachfrist gesetzt wird. Stenglein[1]) ist der Ansicht, dass nach der Bezahlung der Provision kein Rückforderungsrecht bestehe. Dieser Meinung kann ich mich nicht anschliessen. § 6 Dep.-Ges. sagt nicht, dass der Kommittent die Zahlung der Provision verweigern könne, sondern dass der Kommissionär das Recht auf Provision verliere, d. h., dass dieses Recht überhaupt nicht mehr besteht. Zahlt der Kommittent in Unkenntnis dieses Umstandes dennoch die Provision, so ist der Kommissionär

[1]) Stenglein, Anmerkung zu § 6 S. 254.

ungerechtfertigt bereichert und der Kommittent ist nach dem Grundsatze des § 812 B.G.B. zur Herausgabe des Gezahlten verpflichtet. Hat der Kommittent aber gewusst, dass der Kommissionär sein Recht auf Provision verloren hatte, diese aber dennoch gezahlt, so ist natürlich eine Rückforderung ausgeschlossen (§ 814 B.G.B.).

Von der Verpflichtung zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses ist der Kommissionär entbunden, wenn er die Stücke schon vor Ablauf der zweiwöchigen Frist dem Kommittenten aushändigt (§ 5 Dep.-Ges.). Das Gesetz trifft aber keine Bestimmung darüber, ob die Verpflichtung des Kommissionärs zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses ausfalle, wenn die Stücke innerhalb der zweiwöchigen Frist vom Kommissionär im Auftrage des Kommittenten wieder veräussert werden. Man muss dies in einer der Einkaufskommission analogen Weise annehmen.[1]) Der Kommissionär darf und muss annehmen, dass der Kommittent auf die Uebersendung des für ihn durch die Veräusserung der Stücke bedeutungslos gewordenen Stückeverzeichnisses verzichte.

Auch darüber enthält das Depotgesetz nichts, ob ein Verzicht auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses bei der Umtausch- und Bezugskommission zulässig sei. Aus dem Schweigen des Gesetzes darf nicht geschlossen werden, dass ein solcher Verzicht überhaupt ausgeschlossen sei. Einen Verzicht auf Rechte wird man nach den allgemeinen Grundsätzen unseres bürgerlichen Rechtes immer als zulässig erachten müssen, wenn nicht etwa die betreffende Vorschrift als eine im öffentlichen Interesse gegebene absolute und durch Parteivereinbarung nicht zu beseitigende zu betrachten ist. Das ist aber bezüglich des im § 5 Dep.-Ges. normierten Rechtes des Kommittenten, die Absendung des Stückeverzeichnisses verlangen zu können, nicht der Fall, umsoweniger, als bezüglich der im § 3 Dep.-Ges. aufgestellten, mindestens gleichbedeutenden Vorschrift ein Verzicht ausdrücklich für zulässig erklärt worden ist.

---

[1]) Gleicher Meinung v. Pechmann S. 28; Lusensky S. 66.

In welcher Form kann nun hier dieser Verzicht erfolgen? Stenglein[1]) und Wulff[2]) sind der Ansicht, dass der Verzicht nur unter den Kautelen des § 3 Abs. II des Dep.-Ges. erfolgen könne, also nur, wenn er von Personen, die nicht Bankiers sind, ausdrücklich und schriftlich erklärt werde. Stenglein führt zur Begründung aus, dass der Einkaufskommissionär, der vielleicht bedeutende Auslagen zu machen hat, gewiss nicht strenger behandelt werden sollte, als der mit den Geschäften des § 5 Dep.-Ges. Beauftragte; ein genereller Verzicht habe gegenüber den nur aus besonderer Veranlassung vorkommenden Geschäften des § 5 keinen Sinn. Es müsse überhaupt angenommen werden, dass eine Erweiterung des § 3 Dep.-Ges. beabsichtigt und dieser Paragraph nur in den ausdrücklich bezeichneten Beziehungen abgeändert sei. Wulff beruft sich darauf, dass § 5 auf Abs. I des § 3 Bezug nehme. Diese Gründe sind nicht stichhaltig. Gerade daraus, dass § 5 sich lediglich auf den Abs. I des § 3 beruft, ist meines Erachtens zu folgern, dass der Gesetzgeber den Abs. II dieses Paragraphen ausgeschlossen wissen wollte. Warum ein genereller Verzicht keinen Sinn haben solle, ist nicht einzusehen. Ein solcher wird allerdings in der Praxis wohl selten vorkommen, aber er ist ganz gut denkbar. Ebensowenig lässt sich aus dem Grunde, dass der Einkaufskommissionär nicht schlechter gestellt werden sollte als der Umtausch- und Bezugskommissionär, aus dem Schweigen des Gesetzes eine analoge Anwendung der Formvorschrift des § 3 Abs. I Dep.-Ges. herleiten. Man wird nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes und insbesondere des Handelsrechtes über Formlosigkeit der Verträge annehmen müssen, dass bei dieser Kommissionsart ein Verzicht auf das Stückeverzeichnis auch vom Nichtbankier generell und formlos, also auch mündlich und stillschweigend in gültiger Weise erklärt werden kann.[3])

---

[1]) Anm. 2 zu § 5.

[2]) S. 64.

[3]) So auch die herrschende Meinung, vgl. insbes. Lusensky S. 66; Risser S. 41; Schweyer S. 134; v. Pechmann S. 29; Staub, Anm. 46 zu § 384; Koref S. 50.

Der Verzicht auf das Stückeverzeichnis bedeutet auch hier nicht Verzicht auf die Eigentumsübertragung überhaupt, sondern lediglich Verzicht auf diese besondere Art der Eigentumsübertragung. Die Begründung zum Depotgesetzentwurfe (S. 109) führt aus, dass die Bestimmungen des § 5 und 6 Dep.-Ges. nur Anwendung finden, wenn es sich um Kommissionsgeschäfte handele, dagegen nicht auf Umtauschakte, bei denen die Bank nur Vertreterin des Eigentümers im tatsächlichen Sinne ist, ohne überhaupt ein Rechtsgeschäft, geschweige denn ein solches im eigenen Namen abzuschliessen. Dahin gehören der Umtausch beschädigter Stücke gegen neue, der Empfang neuer Stücke an Stelle verloren gegangener, amortisierter Stücke, der Umtausch von Interimsscheinen in die definitiven Stücke und ähnliche Fälle, wo ein Anschaffungsgeschäft nicht vorliege und kein Zweifel darüber bestehe, dass der Vertreter unmittelbar für den Vertretenen den Besitz erwerbe.

Gegen diese Ausführungen wendet sich mit Recht v. Pechmann,[1]) wenn er sagt: „Es muss allerdings ein Kommissionsgeschäft vorliegen, aber es kommt nicht darauf an, ob auch ein Anschaffungsgeschäft vorliegt. Auch das ist nicht entscheidend, ob der Beauftragte den Besitz der in Empfang zu nehmenden Papiere zunächst für sich, oder ob er ihn unmittelbar für seinen Auftraggeber erwirbt; im Kommissionsgeschäfte ist letzteres nicht ausgeschlossen. Ausschlaggebend ist allein, dass der Beauftragte dem Dritten gegenüber im eigenen Namen, also als Kommissionär handelt. Von den in der Begründung aufgezählten Beispielen trifft nicht zu, dass bei ihnen kein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. Der Umtausch von Interimsscheinen in die definitiven Stücke, und der Empfang neuer Stücke an Stelle verloren gegangener amortisierter Stücke fällt allerdings in der Regel nicht unter die Bestimmungen des § 5, aber nur deshalb, weil der Beauftragte in keinem dieser Fälle in eigenem Namen handelt, sondern im ersten namens desjenigen, auf dessen Namen die Interimsscheine lauten, im zweiten namens des Antragstellers,

[1]) S. 27 f.

der das Ausschlussurteil erwirkt hat. Dagegen kann der Umtausch beschädigter Stücke gegen neue recht wohl als ein dem § 5 unterliegendes Kommissionsgeschäft erscheinen und da an Stelle der beschädigten Stücke stets neue mit anderen Nummern usw. ausgegeben zu werden pflegen, so fehlt es auch nicht, wie regelmässig in beiden anderen Fällen, an dem Interesse, das der Kommittent an der Uebersendung des Stückeverzeichnisses hat."

§ 11.

Die bei Begründung von Depotverträgen gebräuchlichen Urkunden.

Die Banken treffen gewöhnlich die Bestimmung, dass Personen, die Wertpapiere bei ihnen hinterlegen wollen, einen schriftlichen Niederlegungsantrag übergeben oder übersenden. Dieser Niederlegungsantrag enthält in der Regel die wesentlichen Bestimmungen vorgedruckt, welche für das Depot massgebend sein sollen. Sofern ein offenes Depot in Betracht kommt, sind in dem Niederlegungsantrage seitens des Bankkunden die zu deponierenden Wertpapiere nach ihren Unterscheidungsmerkmalen zu bezeichnen.

Die rechtliche Bedeutnng dieser Urkunde ist die einer vom Kunden der Bank gegenüber gemachten schriftlichen Offerte auf Abschluss eines Depotvertrages. Die Bank wird durch Einreichung des Niederlegungsantrages noch in keiner Weise verpflichtet; sie kann den darin enthaltenen Antrag, wie jeden anderen ihr gestellten Vertragsantrag, ohne Angabe von Gründen zurückweisen, wenn sie sich nicht etwa in irgend einer anderen Weise zum Abschlusse des Vertrages mit dem betreffenden Kunden verpflichtet hat. Eine Bindung der Bank entsteht erst mit der Annahme des Antrages. Sind die zu deponierenden Wertpapiere der Bank mit dem Niederlegungsantrage, was die Regel ist, übergeben worden, so entsteht mit der Annahme des Niederlegungsantrages der Depotvertrag. Sind die Wertpapiere noch nicht übergeben, so bedeutet die Annahme des Niederlegungsantrages seitens der Bank die

Uebernahme der Verpflichtung, die bezeichneten Effekten in Depot zu nehmen, d. h. einen Depotvertrag abzuschliessen.

Nebenbei hat der Niederlegungsantrag noch die Bedeutung einer Beweisurkunde. Er liefert Beweis dafür, welche Wertpapiere in Depot gegeben wurden. Seine Beweiskraft ist aber nur eine rein tatsächliche. Jeder Gegenbeweis ist zulässig.

Eine Unterzeichnung des Niederlegungsantrages seitens des Hinterlegers ist zu dessen Gültigkeit nicht unbedingt erforderlich. Es kann sich aus den Umständen, insbesondere aus den getroffenen mündlichen Verabredungen ergeben, dass die Parteien einen derartigen nicht unterzeichneten Niederlegungsantrag als gültige Vertragsofferte behandelt wissen wollten. Wenn aber solche Umstände, die auf eine derartige Absicht schliessen lassen, nicht vorliegen, ist einem nicht unterzeichneten Niederlegungsantrage die Bedeutung einer rechtsgültigen Vertragsofferte zu versagen. In der Regel wird eben die Ernstlichkeit und beabsichtigte Rechtsverbindlichkeit einer schriftlichen Willenserklärung durch die Unterschrift des Erklärenden dokumentiert. Die Geschäftsbedingungen der Banken enthalten auch meistens die ausdrückliche Bestimmung, dass der Niederlegungsantrag vom Hinterleger, resp. von einer zu seiner Vertretung befugten Person, unterschrieben sein muss.[1])

Nach erfolgter Hinterlegung werden von den Banken Depotscheine ausgefertigt, welche bestätigen, dass der hierin bezeichnete Hinterleger ein geschlossenes Depot oder eine bestimmte Anzahl von Wertpapieren in offenem Depot bei der Bank ruhen hat. Wird ein solcher Depotschein dem Kunden, der einen formgerechten Niederlegungsantrag und die hierin bezeichneten Effekten bei der Bank eingeliefert hat, ausgehändigt, so ist darin die schriftliche Annahme des Vertragsantrages und damit der Abschluss des Depotvertrages zu erblicken. Ist aber die Annahmerklärung des Vertragsantrages seitens der Bank schon früher erfolgt, so hat die Aushändigung des Depotscheines lediglich die Bedeutung einer Quittung, welche

[1]) Vgl. z. B. Bedingungen der kgl. Bank f. geschl. Depots I Abs. 5.

die Bank dem Hinterleger über den Vollzug der Hinterlegung ausstellt.

Der Depotschein gewinnt noch eine wichtige Nebenbedeutung durch die Vereinbarungen, welche zwischen Bank und Hinterleger bezüglich desselben getroffen werden. In der Regel ist in den Depotordnungen bestimmt,[1]) dass die Depotscheine auf den Namen des Berechtigten lauten und nicht übertragbar sind. Damit ist ausgedrückt, dass der Depotschein ein Rektapapier ist, d. h. ein Papier, welches nicht zulässt, dass der in ihm bezeichnete Anspruch durch Indossament übertragen wird. Eine diesbezügliche ausdrückliche Bestimmung wäre übrigens gar nicht erforderlich. Gemäss § 363 H.G.B. ist anzunehmen, dass die Depotscheine der Banken, wenn sie nicht ausdrücklich die Orderklausel tragen, Rektapapiere sein sollen. Aus dieser Eigenschaft der Depotscheine als Rektapapiere folgt, dass bezüglich der Eigentumsverhältnisse an ihnen nicht die Bestimmungen des Fahrnis-Sachenrechtes, sondern die des Obligationenrechtes gelten. Wem die im Depotschein verbriefte Forderung zusteht, steht *ipso iure* auch gemäss § 952 B.G.B. das Eigentum am Depotscheine zu. Die Bank ist nur gegen Rückgabe des Depotscheines zur Herausgabe des Depots Zug um Zug verpflichtet. Sie kann ferner, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart ist, die Herausgabe des Depots davon abhängig machen, dass der Hinterleger den Depotschein mit einer von ihm versehenen Quittung zurückgibt. Es ist im Zweifel sicherlich anzunehmen, dass die Bank ein rechtliches Interesse daran hat, dass die Quittung gerade auf dem Depotscheine erfolge.

Hat die Bank die Herausgabeforderung des Depots antragsgemäss für unveräusserlich erklärt, so ist auch der Depotschein, welcher das gleiche rechtliche Schicksal mit dieser Herausgabeforderung teilt, unveräusserlich. Dann ist eine trotzdem erfolgte Veräusserung an sich unwirksam, und zwar nicht nur für die Vertragschliessenden, sondern auch jedem Dritten gegenüber. Der Bankier, der den Depotschein ausge-

[1]) S. Bedingungen der Reichsbank für die Aufbewahrung von off. Dep. Nr. 7; Bedingungen der kgl. Bank f. verschl. Dep. Nr. I Abs. 6 usw.

stellt hat, kann sich jedoch gemäss § 405 B.G.B. nicht auf diese Unwirksamkeit berufen, wenn er nicht beweisen kann, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste. Diesen Beweis wird er sich dadurch am besten erleichtern, dass er die Vereinbarung der Nichtübertragbarkeit in den Depotschein selbst aufnimmt.[1]) Manche Banken haben sich vertragsmässig das Recht vorbehalten,[2]) im Falle der freiwilligen oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Veräusserung der Herausgabeforderung, die Verwaltungstätigkeit einstellen und die Wertpapiere auf Gefahr und Kosten des Deponenten bei der gerichtlichen Hinterlegungsstelle deponieren zu können. Damit ist bezweckt, dass sich die Bank in diesem Falle gar nicht mehr darum zu kümmern braucht, ob die Veräusserung rechtsgültig ist oder nicht und wem nun das Forderungsrecht zusteht. Die Bank tritt infolge des vertragswidrigen Verhaltens des Deponenten aus jeglichem Depotverhältnisse mit diesem heraus und überlässt dem Veräusserer und Erwerber die Regelung des internen Verhältnisses.

In den Depotordnungen aller grösseren Banken ist in der Regel ferner noch bestimmt, dass die Bank berechtigt ist, die Legitimation des Inhabers des Depotscheines, sowie die Gültigkeit der Quittung zu prüfen, aber nicht verpflichtet ist, eine derartige Prüfung vorzunehmen, sondern das Recht hat, das Depot an jeden herauszugeben, der ihr den Depotschein bringt.[3]) Damit ist bestimmt, dass die Depotscheine zugleich den Charakter der im § 808 B.G.B. geregelten sogenannten hinkenden Inhaberpapiere[4]) oder qualifizierten Legitimations-

---

[1]) Vgl. Staudinger, Kommentar zu § 399 und Anm. 2 zu § 405; Ortmann, Kommentar zu § 405.

[2]) S. z. B. Bedingungen der Reichsbank f. off. Dep. Nr. 7; Bedingungen der K.-Bank für offene Depots Nr. 2 Abs. 3.

[3]) Vgl. z. B. Bedingungen der Reichsbank für offene Depots Nr. 10; der bayr. Bank Nr. 3; der K.-Bank Nr. 2; Reglement der Hypotheken- und Wechselbank für offene Depots mit Verwaltung Nr. 3.

[4]) Auch als Inhaberpapier könnte der Depotschein vorkommen (vgl. Staudinger, Kommentar Anm. 2 zu § 808), doch wird dies praktisch nur beim irregulären Depot der Fall sein.

papiere haben. Der beabsichtigte Erfolg ist, dass die Bank zwar nur eine bestimmte Person bzw. deren Rechtsnachfolger als ihren Gläubiger anerkennen, aber bezüglich der Legitimationsprüfung dieser Person im Interesse einer Geschäftsvereinfachung sich Erleichterungen verschaffen will.

Nun taucht die Frage auf, ob die Bank durch die Leistung an den Inhaber des Depotscheines auch dann befreit wird, wenn sie weiss, dass dieser nicht verfügungsberechtigt ist. Der Zweck der im § 808 B.G.B. aufgestellten Bestimmung ist der, dass man absichtlich den Aussteller nicht der Gefahr aussetzen wollte, im Falle der Verweigerung der Leistung an den Inhaber in einen Rechtsstreit mit diesem oder allenfalls in einen weiteren mit dem wirklichen Gläubiger verwickelt zu werden.[1]) Der Aussteller kann ja auch annehmen, dass der betreffende Inhaber das Depot an den wirklich Berechtigten abliefern werde. Aus diesem beabsichtigten Zwecke ist zu entnehmen, dass die Bank durch die Leistung an den Inhaber des Depotscheines auch dann befreit wird, wenn sie weiss, dass dieser nicht verfügungsberechtigt ist. Nur wenn die Bank das Depot arglistigerweise an den Inhaber des Depotscheines herausgibt, z. B. wenn sie weiss, dass dieser nicht verfügungsberechtigt und sein Herausverlangen ein betrügerisches ist, wird sie zwar auch von ihrer originären Verpflichtung befreit, es tritt aber an deren Stelle eine gleichbedeutende auf Schadensersatz nach den Grundsätzen der §§ 823ff. B.G.B.[2])

Eine Haftpflicht der Bank wird man vereinbarungsgemäss wohl auch dann anzunehmen haben, wenn der Hinterleger der Bank gegenüber ein Passwort angegeben hat und die Bank das Depot an den Inhaber des Depotscheines herausgibt, ohne von diesem die Angabe des richtigen Passwortes

[1]) Vgl. Protokolle Bd. II S. 563f.

[2]) Gleicher Ansicht Staudinger, Kommentar Anm. II, 1 zu § 808; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II S. 376; Oertmann, Kommentar Anm. 1 zu § 808; Kuhlenbeck, B.G.B. Anm. 1 zu § 808; Dernburg, Bd. II § 149 ist der Ansicht, dass schon im Falle der wissentlichen Leistung an einen nichtberechtigten Inhaber eine Haftpflicht eintritt. Planck (Kommentar Anm. zu § 808) scheint überhaupt keine Haftpflicht anzunehmen.

zu verlangen. Die Depotordnungen drücken sich zwar gewöhnlich in vorsichtiger Weise so aus, dass die Bank von dem ihr zustehenden Rechte der Legitimationsprüfung jedenfalls dann Gebrauch machen werde, wenn der Ueberbringer des Depotscheines das eingereichte Passwort nicht anzugeben vermöge.[1]) Nach dem Wortlaute dieser Bestimmung will es scheinen, dass damit keine diesbezügliche rechtliche Verpflichtung der Bank begründet werde. Dem ist aber nicht so. Das Passwort wird seitens des Hinterlegers gerade zu dem Zwecke bei der Bank eingereicht und von dieser angenommen, um eine Kontrolle des Ueberbringers des Depotscheines zu ermöglichen. Die Bank, die ein solches Passwort annimmt, übernimmt auch die Verpflichtung, die hiermit bezweckte Kontrolle auch tatsächlich vorzunehmen. Tut sie das nicht oder nicht ordnungsgemäss, so verletzt sie eine von ihr stillschweigend übernommene Vertragspflicht und macht sich dadurch schadensersatzpflichtig.

Was die Form des Depotscheines anbelangt, so ist gemäss § 808 B.G.B. nur erforderlich, dass einem bestimmten Berechtigten die Herausgabe des Depots in diesem Scheine versprochen wird. Im übrigen ist über die Gestaltung und Form des Depotscheines nichts vorgeschrieben. Die Gültigkeit des Depotscheines als Legitimationsurkunde hängt nicht unbedingt davon ab, dass er vom Aussteller unterzeichnet ist.[2]) Bezüglich der Unterzeichnung des Depotscheines gilt das schon vorstehend bei dem Niederlegungsantrage Gesagte. Das Erfordernis der Unterzeichnung des Depotscheines wird aber vielfach vertragsmässig festgelegt. Dann ist allerdings auf Grund dieser speziellen Vereinbarung die Unterzeichnung des Depotscheines Voraussetzung seiner Gültigkeit. Die Bestimmung, dass die im Depotscheine versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden könne, wird in der Regel im Depotscheine selbst enthalten sein, braucht aber nicht in demselben zu stehen. Der Bankier kann sich auf seine Be-

[1]) Vgl. Bedingungen der Reichsbank für die Aufbewahrung von offenen Depots Nr. 10.

[2]) Vgl. Planck, Kommentar zu § 808.

fugnis, an jeden Inhaber mit befreiender Wirkung leisten zu können, auch dann berufen, wenn er sich bei der Ausgabe des Depotscheines dieses Recht dem Hinterleger gegenüber ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten hat.[1])

In den Depotordnungen der Banken sind manchmal noch Bestimmungen über die äussere Form des Depotscheines enthalten. Diese Bestimmungen sind aber in der Regel nur als vereinbarte Sollvorschriften zu betrachten. Die Gültigkeit des Depotscheines selbst soll von der Einhaltung dieser Ordnungsvorschriften nicht abhängig sein. Das trifft z. B. zu, wenn über die Art und Weise der Bezeichnung der Wertpapiere im Depotscheine, die Stelle der Unterschrift usw. Bestimmungen getroffen sind. In der Praxis werden sich übrigens wohl schwerlich Abweichungen von diesen Formvorschriften ergeben, weil die Depotscheine seitens der Banken meist nach einem vorgedruckten Formular ausgestellt werden.

In den Depotordnungen vieler Banken findet sich die Bestimmung, dass die über das Depot zwischen Hinterleger und Bank geführte Korrespondenz, insbesondere die Berechnungen und Quittungen, als integrierender Bestandteil des Depotscheines anzusehen sind.[2]) Dies hat nur Bedeutung für den rechtlichen Charakter des Depotscheines als Beweisurkunde, wenn die Ab- und Zuschreibungen auf dem Depotscheine nicht sofort konstatiert werden. Der Bankier kann z. B. dem Hinterleger, der die im Depotscheine bezeichneten Papiere zurückverlangt, gegenüber durch die Korrespondenz beweisen, dass tatsächlich schon ein Teil dieser Wertpapiere zurückgegeben sei.

Ist der Depotschein dem berechtigten Inhaber abhanden gekommen, so kann dieser, wenn nichts anderes vereinbart ist, denselben gemäss § 808 Abs. II B.G.B. im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklären lassen. Das formelle Verfahren, welches bei der Kraftloserklärung zur Anwendung kommt, ist durch § 1023 Z.P.O. geregelt. Die Landesgesetze können über die Veröffentlichung des Aufgebots und die hier

[1]) Vgl. Planck, Kommentar zu § 808.

[2]) S. z. B. Bestimmungen der bayr. Vereinsbank für offene Depots § 9; Bestimmungen der K.-Bank für offene Depots Nr. 3.

vorgeschriebene Bekanntmachung, sowie über die Aufgebotsfrist bindende Vorschriften erlassen. Hiervon haben die meisten Landesgesetzgebungen Gebrauch gemacht.[1]) Uebergangsbestimmungen finden sich in den §§ 177, 178 f. d. Einf.-Ges. z. B.G.B. — Bezüglich des Verfahrens seien hier nur die Grundzüge hervorgehoben. Auf den Antrag auf Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Depotscheines hin erfolgt ein gerichtliches Aufgebot desselben. Bleibt dieses erfolglos, so wird die Kraftloserklärung des Papieres durch gerichtliches Ausschlussurteil ausgesprochen. Das Ausschlussurteil hat nur die Bedeutung, dass hierdurch die Vorlegung des Depotscheines ersetzt wird. Ebenso wie der Bankier, auch wenn ihm der Depotschein vorgelegt wird, zur Legitimationsprüfung des Vorlegenden berechtigt ist, so kann er, wenn ihm das Ausschlussurteil vorgelegt wird, noch einen weiteren Nachweis der Gläubigerrechte der Person, die dieses Urteil erwirkt hat, verlangen.[2]) Um den Deponenten schon vor der Erlassung des Ausschlussurteils zu sichern, besteht das Institut der Zahlungssperre. Das ist ein richterliches Verbot an den Aussteller, dem Inhaber des Depotscheines das Depot herauszugeben. Sie wird nur auf Antrag erlassen und ist regelmässig nur in Verbindung mit dem gleichzeitigen Amortisationsverfahren zulässig. Nur in dem Ausnahmefalle des § 1020 Z.P.O. kann sie vor Einleitung des Amortisationsverfahrens stattfinden. Die Wirkung der Zahlungssperre liegt darin, dass die Herausgabe, die dem Verbote zuwider an den Dritten erfolgt ist, dem Antragsteller gegenüber unwirksam ist. Die Zahlungssperre ist von Amts wegen aufzuheben, wenn der aufgebotene Depotschein dem Gerichte vorgelegt wird und dem Antragsteller Gelegenheit geboten ist, denselben zu besichtigen.

---

[1]) Vgl. Art. 166 Ziff. XIV des bayr. Ausf.-Ges. zum B.G.B.; § 7 des preuss. Ausf.-Ges. zur Z.P.O. vom 6. Oktober 1899; § 10 der sächs. Ver. z. Ausf. d. Z.P.O. und K.O. vom 20. November 1899; §§ 14, 15 des bad. Ausf.-Ges. z. Z.V.G. u. Z.P.O. vom 18. Juni 1899.

[2]) Vgl. Staudinger, Kommentar Anm. 3c zu § 808; Gaupp-Stein, Kommentar zur Z.P.O. Anm. zu § 1023; Protokolle Bd. II S. 565.

§ 12.

Die Pflichten des Verwahrers und Rechte des Hinterlegers.

Der Bankier als Depositar hat sowohl die einem Verwahrer im allgemeinen auferlegten Verpflichtungen zu erfüllen, wie sie im B.G.B. in den §§ 688 ff. geregelt sind, als auch die für den depotverwaltenden Kaufmann im Depotgesetze besonders normierten Verbindlichkeiten. Diese Pflichten sind in der Regel durch Parteivereinbarung auf Grund der in den Depotordnungen der Banken enthaltenen Bestimmungen im einzelnen näher präzisiert, oft auch gegenüber dem Gesetze abgemildert.

Die Hauptpflicht des Bankiers ist natürlich die Aufbewahrung der bei ihm deponierten Effekten (§ 688 B.G.B.). Dafür, wie diese Aufbewahrung zu erfolgen hat, ist die vereinbarte Depotart und innerhalb der verschiedenen Depotarten die Spezialvereinbarung, mangels einer solchen der nach den Umständen anzunehmende Parteiwille massgebend. Bei dem einfachen Depot zur Verwahrung hat der Bankier nur die im § 688 B.G.B. aufgestellte Verpflichtung zur Aufbewahrung. Was man unter „Aufbewahrung" zu verstehen hat, sagt das Gesetz nicht. Es ist nicht eine positive, in ihrem ganzen Umfange von vornherein genau und allgemein zu bestimmende Tätigkeit, sondern die Beobachtung eines positiven wie negativen Verhaltens, das tunlichst der Verwahrung der Effekten dient. Wie die Verwahrungstätigkeit beschaffen sein muss, lässt sich nur im konkreten Einzelfalle bestimmen.

Liegt ein sogenanntes Depot zur Verwaltung vor, dann kommen zu der reinen Verwahrungstätigkeit noch Nebenleistungen hinzu. Worin diese in der Regel bestehen, ist im § 4 bereits des näheren ausgeführt. Die Verwahrungs- und Verwaltungspflicht besteht in gleichem Masse für das streng-reguläre wie für das Sammel- und Summendepot, für das offene wie für das geschlossene Depot. Beim irregulären Depot besteht eine Verwahrungs- und Verwaltungspflicht für den Bankier nicht.

Wie bereits wiederholt erwähnt, hat der Bankier zufolge

des § 1 Dep.-Ges. die deponierten Effekten gesondert zu verwahren und ein Handelsbuch zu führen, in welches die Wertpapiere jedes Hinterlegers oder Verpfänders nach Gattung, Nennwert, Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmalen einzutragen sind. Wie dieses Handelsbuch beschaffen sein muss und wie es geführt werden soll, besagt das Gesetz nicht. Es sind hierfür die allgemeinen Bestimmungen, die in §§ 38f. H.G.B. getroffen sind, massgebend. Die Depotbücher müssen zehn Jahre lang, vom Tage der letzten Eintragung an gerechnet, gemäss § 44 H.G.B. aufbewahrt werden. Als Depotbücher können auch die vor dem Inkrafttreten des Depotgesetzes in Gebrauch gewesenen fortgeführt werden, wenn dieselben nach ihrer Anlage gestatten, alle vorgeschriebenen Eintragungen zu machen.[1])

Die Eintragung der Nummern und sonstigen Unterscheidungsmerkmale der deponierten Effekten in das Depotbuch kann unterbleiben, wenn in diesem anf Verzeichnisse Bezug genommen wird, welche daneben geführt werden und diese Eintragungen enthalten. Im Depotbuche werden dann nur die Depotkunden ersichtlich gemacht und in betreff der Spezialisierung geben die einen integrierenden Bestandteil des Depotbuches bildenden Verzeichnisse Auskunft. Diese Verzeichnisse sind zur Erleichterung des Bankiers zugelassen; es ist diesen dadurch die Möglichkeit gegeben, die Aufzeichnung der Nummern und sonstigen Unterscheidungsmerkmale auf die Kunden abzuwälzen. Es ist rechtlich nicht erforderlich, dass die Verzeichnisse vom Bankier herrühren; ihre Anfertigung kann ebensogut seitens des Kunden erfolgen.[2]) Das Wesentliche ist nur die Bezugnahme im Depotbuch, wonach das betreffende Verzeichnis leicht aufgefunden werden und ein Irrtum über die Zusammengehörigkeit des Eintrages im Buche und des Verzeichnisses nicht entstehen kann. Es ist auch zulässig, dass die Unterscheidungsmerkmale der Wertpapiere teilweise im Depotbuche und teilweise im zugehörigen Verzeichnis ent-

---

[1]) Vgl. Risser S. 13; Stenglein Anm. 9 zu § 1.

[2]) S. auch Stenglein Anm. 9 zu § 1; Lusensky Anm. 10 zu § 1; v. Pechmann S. 11; Kunreuther Anm. 9 zu § 1.

halten sind, wenn nur die Identität der Stücke unzweifelhaft festgelegt ist.

Es entspricht aber nicht dem Willen des Gesetzes, wenn der Hinweis auf solche Verzeichnisse in dem allgemeinen Handelsbuche des Bankiers, das die Konten seiner Kunden aus allen möglichen Geschäften enthält, also ohne Führung eines besonderen Depotbuches, erfolgt.[1]) Das Gesetz sagt zwar, dass die Verzeichnisse, auf welche Bezug genommen wird, neben dem Handelsbuche geführt werden müssen, meint aber damit nicht das allgemeine Handelsbuch des Bankiers, sondern das spezielle Depotbuch. Das ergibt sich klar aus der Fassung des § 1 Abs. I Nr. 2 Dep.-Ges. Es lässt sich auch dadurch am besten die vom Gesetzgeber beabsichtigte Uebersichtlichkeit und schnelle Auffindbarkeit des Eigentümers jedes einzelnen Wertpapieres erreichen. Das schliesst aber nicht aus, dass in diesem speziellen Depotbuch auch andere Einträge enthalten sein können. Die auf die Depots bezüglichen Einträge müssen aber den Hauptinhalt des Buches bilden. Wie sich das im einzelnen gestalten darf, lässt sich nur im konkreten Falle unter Zugrundelegung der Regeln einer ordnungsgemässen kaufmännischen Buchführung entscheiden. Das Erfordernis eines eigenen Depotbuches ist auch nicht so zu verstehen, dass ein besonders für sich gebundenes Buch vorliegen muss. Es genügt, wenn ein besonderer Teil des allgemeinen Handelsbuches als Depotbuch eingerichtet und geführt wird.

Die Buchung hat unverzüglich, d. h. so rasch zu erfolgen, als es bei ordnungsmässigem Geschäftsgang geschehen kann. „Ordnungsmässiger Geschäftsgang“ ist nicht nach dem abstrakten Massstab eines für alle Fälle als Regel zu betrachtenden Verfahrens zu bemessen, es sind vielmehr alle die Tatumstände dabei in Betracht zu ziehen, die im Einzelfalle den Bankier, ohne dass ein Verschulden seinerseits vorliegt, zu einer Verzögerung veranlassen können. Dazu

[1]) Vgl. auch Stenglein Anm. 9 zu § 1. Anderer Meinung Lusensky Anm. 10 zu § 1; Kunreuther Anm. 9 zu § 1; Staub, Kommentar z. H.G.B. Anm. 8 zu § 38.

gehören auch die besonderen Geschäftsverhältnisse des Depositars, sofern in diesen kein Verschulden desselben zu erblicken ist. Werden die Wertpapiere zurückgegeben, bevor die Eintragung bei ordnungsmässigem Geschäftsgange erfolgen konnte, so darf die Eintragung derselben ganz unterbleiben. Es wäre auch vollständig zwecklos, dann noch eine Eintragung vorzunehmen.

Von der Verpflichtung zur gesonderten Aufbewahrung und Buchung kann der Bankier, wie schon erwähnt, nur in den Formen des § 2 Dep.-Ges. befreit werden. Diese Form ist natürlich nur zu beachten, wenn es sich um Fälle handelt, in welchen der Bankier zur Verfügung im eigenen Interesse allgemein und in unbestimmter Weise ermächtigt werden soll. Zu einer bestimmten konkreten Verfügung, z. B. zur Verpfändung eines bestimmten Papieres des Depots an einen bestimmten Dritten, kann der Deponent seine Zustimmung auch mündlich geben.[1])

Entsteht durch Verschulden des Depositars ein Schaden am Depot, so muss der Depositar dafür Ersatz leisten. Was unter Verschulden zu verstehen ist, lässt sich nur im konkreten Einzelfalle bestimmen. Das Gesetz gibt die Auslegungsregel, dass der Verwahrer bei unentgeltlicher Verwahrung nur für die Sorgfalt einzustehen hat, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt,[2]) bei entgeltlicher Verwahrung dagegen für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes.[3]) Man wird in der Regel annehmen dürfen, dass der Bankier ermächtigt ist, sein Personal mit der ihm obliegenden Verwahrungs- und Verwaltungstätigkeit zu betrauen. Für das Personal hat aber dann der Bankier in gleicher Weise einzustehen, wie für eigenes Verschulden.[4]) Wenn der Bankier in einem solchen Falle nur für *culpa in concreto* haftet, so ist nicht der Grad der Sorgfalt, den der Gehülfe, sondern der, den der Bankier in seinen eigenen Angelegenheiten an-

---

[1]) Vgl. Staub, Kommentar Anm. 11 zu § 424 H.G.B.

[2]) S. §§ 690, 277 B.G.B.

[3]) S. § 347 H.G.B. Vgl. Staub, Kommentar Anm. 12 zu § 424 H.G.B.

[4]) S. §§ 691, 278 B.G.B.

wendet, massgebend. Wäre ausnahmsweise die ausdrückliche Vereinbarung getroffen, dass der Bankier bei der Depotverwaltung sich keines Gehülfen bedienen dürfe und handelt er dieser Vereinbarung zuwider, so würde er für jeden Schaden haften, der dem Hinterleger aus der Zuziehung des Gehülfen entsteht, ohne Rücksicht auf ein sonstiges Verschulden. Das vertragswidrige Verhalten ist hier ein genügendes Verschulden.[1])

Der Bankier haftet in der Regel auch für den Schaden, der dadurch entstanden ist, dass er oder sein Personal die zu ihrer Kenntnis gelangenden Vermögensangelegenheiten des Deponenten schuldhafterweise verbreitet. In den Depotordnungen ist meistens ausdrücklich bestimmt, dass den Beamten der Bank die unbedingte Verschwiegenheit über alle zu ihrer Kenntnis gelangenden Vermögensverhältnisse des Deponenten, wie überhaupt über alle Geschäftsvorgänge zur Pflicht gemacht ist. Aus einer derartigen Bestimmung ist zu folgern, dass die Bank damit auch eine Haftung für Schäden, die durch Vernachlässigung dieser vertragsmässig zugestandenen Schweigepflicht entstehen, übernimmt. Es ist hier vor allem an Schäden zu denken, die der Kredit des Deponenten durch Bekanntgabe seiner Vermögens- und Geschäftsangelegenheiten erleiden kann. Aber auch wenn es an einer diesbezüglichen ausdrücklichen Bestimmung fehlt, wird man in der Regel eine Haftung des Bankiers für Schäden, die infolge Nichtverschweigens der Vermögensverhältnisse des Deponenten diesem entstehen, annehmen dürfen. Eine solche Haftungspflicht ist aus der Natur der Bankdepotverträge, welche auf Grund des dem Bankier in jeder Weise geschenkten Vertrauens geschlossen werden, zu entnehmen.

Nun taucht noch die Frage auf, ob diese Haftung des Bankiers auch dann besteht, wenn infolge der durch ihn oder sein Personal erfolgten Verbreitung der Vermögensangelegenheiten des Deponenten letzterer wegen Steuerhinterziehung in Strafe genommen wird. Ich möchte dies verneinen. Es ist

[1]) Vgl. Staudinger, Kommentar Anm. 3 zu § 691; Oertmann, Kommentar Anm. zu § 691.

davon auszugehen, dass die Verletzung der Schweigepflicht seitens des Bankiers nur die äussere Veranlassung der Verhängung der Steuerstrafe, aber nicht der innere Grund dazu gewesen ist. Das war einzig und allein das deliktische Verhalten des Steuerdefraudanten. Auf Ersatz einer durch eigenes Verschulden des Bestraften zuerkannten Strafe besteht kein Anspruch wie bei einer sonstigen Vermögensbeschädigung.

Wie sich die Haftung des Bankiers bei den einzelnen Depotarten gestaltet, ist bei diesen bereits ausgeführt worden. Eine Steigerung oder Milderung seiner Haftung durch Parteivereinbarung ist gestattet. Nur die Haftung für eigenes vorsätzliches Verschulden kann ihm nicht im voraus in rechtsverbindlicher Weise erlassen werden.[1])

Für Zufall haftet der Bankier nur, wenn er entweder mit der Rückgabe des Depots in Verzug geraten ist,[2]) oder wenn er vertragsmässig diese Haftung übernommen, oder endlich wenn er vom Depot einen unerlaubten Gebrauch gemacht hat.

Bei offenen Depots wird in der Regel keine Beschränkung der Haftung auf einen bestimmten Betrag vereinbart. Der Bankier muss dann auch für jeden Schaden, der durch sein Verschulden entstanden ist, einstehen, wenn dieser Schaden auch den Wert des Depots übersteigt. Beim verschlossenen Depot dagegen wird in der Regel, sofern der Wert der hinterlegten Sachen nicht genau angegeben ist, ein Maximalbetrag der Haftsumme festgesetzt.[3]) Der Deponent kann dann seinen Schadensersatzanspruch nur bis zur Höhe dieser Haftsumme geltend machen, auch wenn der wirklich entstandene Schaden grösser ist. Ist der tatsächlich entstandene Schaden aber geringer, so braucht die Bank nur den wirklich entstandenen Schaden zu ersetzen. Den Umfang des Schadens hat der Deponent zu beweisen. In der Regel wird für inneren Verderb der verschlossenen Depots die Schadensersatzpflicht der

---

[1]) S. §§ 276 Abs. II § 278 S. 2 B.G.B.

[2]) S. § 287 B.G.B.

[3]) So bei der Reichsbank 5000 Mk., bei der bayr. Hypotheken- und Wechselbank 500, 1000 oder 2000 Mk., je nach den räumlichen Grössenverhältnissen des Depots.

Bank vertragsmässig überhaupt ausgeschlossen.[1]) Aber auch ohne eine solche Vereinbarung wird dies stets dann der Fall sein, wenn ein Verschulden der Bank nicht nachzuweisen ist. Gibt der Deponent den Wert seines Depots an, wofür dann ausser der Lagergebühr in der Regel noch eine mit dem Wertbetrage steigende Versicherungsgebühr zu entrichten ist, so greift die Beschränkung der Haftung auf einen allgemeinen Maximalbetrag nicht Platz, sondern die Haftungssumme beschränkt sich dann, sofern dies vereinbart ist, auf den angegebenen Wertsbetrag, oder ist, wenn keine Vereinbarung getroffen ist, eine unbeschränkte. Wenn z. B. in den Bedingungen der Reichsbank und anderer Banken gesagt ist: „Die Bank haftet für das Depositum höchstens bis zum Betrage von 5000 Mark, ausser wenn dasselbe zu einem höheren Werte angegeben und die hierfür bestimmte Versicherungsgebühr neben dem Lagergelde bezahlt ist", so ist aus dieser Bestimmung nicht zu entnehmen, dass die Bank dann nur bis zum Betrage des angegebenen Wertes haften solle. Es tritt dann eine unbeschränkte Haftung ein.

Vielfach wird auch in den Depotordnungen bestimmt, dass die Bank der Haftung ledig ist, wenn der Deponent das geschlossene Depot zurücknimmt oder eröffnet, ohne die Unverletztheit der Siegel oder des Verschlusses vorher beanstandet zu haben. An der Rechtsgültigkeit einer derartigen Vereinbarung ist nicht zu zweifeln. Jedoch kann dadurch nicht die Haftung für einen seitens der Bank vorsätzlich zugefügten Schaden beseitigt werden.

Der Verwahrer ist jederzeit zur Rückgabe des Depots auf Verlangen des Hinterlegers verpflichtet, auch wenn für die Aufbewahrung eine bestimmte Zeit vereinbart wurde (§ 695 B.G.B.). Diese Vorschrift ist als eine zwingende zu erachten, d. h. als eine solche, welche nicht durch gegenteilige Parteivereinbarung aufgehoben werden kann. Man muss dies nach dem kategorischen Wortlaute des § 695 B.G.B. als die Absicht des Gesetzgebers annehmen. Das Gegenteil würde auch

[1]) Vgl. z. B. Bedingungen der Reichsbank für geschlossene Depots 3; Reglement der bayr. Hypotheken- u. Wechselbank f. geschl. Depots § 6.

mit dem Wesen des Depotvertrages unvereinbar sein.[1]) Wird aber dennoch eine solche Vereinbarung getroffen, so ist zu prüfen, ob nicht eine andere Vertragsart, etwa ein Darlehens- oder Leihvertrag, der Parteiabsicht zugrunde liegt. Dann gelten die für die betreffende Vertragsart massgebenden Bestimmungen. Ist dies aber nicht der Fall, so ist die Vereinbarung über die Beschränkung des Rücknahmerechtes nichtig.

Das „jederzeitige" Rücknahmerecht ist aber nicht so aufzufassen, als ob die Rückgabe auch zu unangemessener Zeit verlangt werden könnte. Das widerspräche den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr. Es ist daran festzuhalten, dass die Rückgabe nur während der üblichen Geschäftsstunden des Bankiers begehrt werden kann, auch wenn es an einer ausdrücklichen diesbezüglichen Vereinbarung fehlt. Nur wenn besonders wichtige Umstände vorliegen, die das gerechtfertigt erscheinen lassen, kann der Kunde auch ausserhalb der üblichen Geschäftszeit sein Depot zurückverlangen. Es ist auch eine Vereinbarung gültig, dass die Herausgabe während eines bestimmten Teiles der Geschäftszeit, z. B. nur während der Vormittagsgeschäftsstunden,[2]) stattfinde. Dieser bestimmte Teil ist dann eben die vereinbarte übliche Geschäftszeit für das Depotwesen. Insofern ist eine Ausnahme bezüglich des zwingenden Charakters des § 695 B.G.B. zu machen. Dagegen ist es mit diesem Charakter nicht vereinbar, dass die Rückgabe des Depots an eine längere Kündigungsfrist gebunden wird. Liegt eine solche vor, dann ist sie nichtig. Nur eine ganz kurz bemessene Frist, welche lediglich im Interesse eines ordnungsmässigen Geschäftsverkehres vereinbart ist und welche dann richtiger als Anmeldefrist, denn als Kündigungsfrist zu bezeichnen ist, wird man als zulässig betrachten können. Im allgemeinen ist hierfür meines Erachtens die Frist von einem Tage die zulässige Höchstgrenze. Auch wenn eine zulässige

---

[1]) Vgl. Staudinger, Kommentar Anm. 5 zu § 695; Oertmann, Kommentar Anm. 1 zu § 695. Abweichend anscheinend Planck, Kommentar, Vorbem. I vor § 688.

[2]) So bei der Reichsbank. S. Geschäftsbed. derselben für geschlossene Depots 6.

Anmeldefrist vereinbart ist, hat der Deponent das Recht, vor Ablauf dieser Frist sein Depot zurückzuverlangen, wenn besonders wichtige Gründe dies Verlangen rechtfertigen.

Die Rückforderung des Hinterlegers kann sich entweder auf einen Teil seines Depots erstrecken, oder das ganze Depot umfassen. Ist eine bestimmte Zeit für die Aufbewahrung vereinbart und verlangt der Hinterleger vor Ablauf dieser Zeit einen Teil seines Depots zurück, so ist wohl anderseits dem Bankier meistens das Recht zuzugestehen zu verlangen, dass der Deponent entweder das ganze Depot zurücknimmt oder belässt.

Da der Hinterleger jederzeit sein Depot zurückverlangen kann, so steht ihm natürlich auch das Recht zu, jederzeit Einsicht in sein Depot zu nehmen. Die Einsichtnahme stellt sich ja der Rücknahme gegenüber als ein minus dar. Die Bank kann sich aber, wie dies vielfach geschieht, in diesem Falle für ihre Mühewaltung eine besondere Gebühr zahlen lassen.

Der Ort, an welchem die Rückgabe des Depots erfolgen muss, bestimmt sich nach der Parteivereinbarung. In Ermangelung einer solchen greift § 697 B.G.B. Platz, demzufolge die Rückgabe an dem Orte zu erfolgen hat, an welchem das Depot aufzubewahren war,[1]) d. h. dort, wo die Verwahrung pflichtgemäss erfolgen musste, nicht etwa, wo sie pflichtwidrig tatsächlich erfolgte. Satz 2 des § 697 trifft hiezu die ergänzende Bestimmung, dass der Verwahrer nicht verpflichtet ist, das Depot dem Hinterleger zu überbringen. Es handelt sich also nicht um eine Bringschuld, sondern um eine Holschuld. Es ist aber trotz des bedenklichen Wortlautes des S. 2 des § 697 B.G.B. daran festzuhalten, dass der Verwahrer immerhin, wenn nichts Gegenteiliges ausdrücklich vereinbart ist, auf diesbezügliches Ersuchen des Hinterlegers diesen das Depot auf dessen Kosten und Gefahr zusenden muss.[2]) Etwas an-

---

[1]) Vgl. Motive II, 580; Protokolle Bd. II S. 394; Staudinger, Kommentar Anm. 1 zu § 697.

[2]) Vgl. Oertmann, Kommentar Anm. 1 zu § 697; Dernburg, § 350, 4 S. 517; Motive II, 580f.; Kohn in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. III S. 899.

deres liesse sich mit den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehre, insbesondere im Handelsverkehre, nicht vereinbaren. Beabsichtigter Zweck des § 697 S. 2 ist nur der, dass beim Versand des Depots der Hinterleger Gefahr und Kosten zu tragen hat. Es steht natürlich nichts im Wege, dass vereinbart wird, dass der Versand an den Hinterleger auf Kosten und Gefahr des Verwahrers gehe.

§ 13.

Die Rechte des Verwahrers und Pflichten des Hinterlegers.

Den Pflichten des Bankiers als Verwahrers stehen auch Rechte desselben gegenüber. Sieht man zunächst von dem speziellen Bankdepotvertrage ab und betrachtet man den Verwahrungsvertrag ganz im allgemeinen, so sind diese Rechte des Verwahrers in der Regel nicht derart, dass sie das notwendige Korrelat seiner Verpflichtungen sind, mit anderen Worten: der Verwahrungsvertrag ist in der Regel kein gegenseitiger Vertrag, sondern nur ein sogenannter unvollkommen zweiseitiger Vertrag, d. h. ein Vertrag, bei dem das Bestehen einer Verpflichtung des Hinterlegers zwar möglich, aber für den Vertrag selbst nicht wesentlich ist. Die Parteien können jedoch durch Vereinbarung, welche nicht ausdrücklich vorliegen muss, sondern sich auch aus den Umständen ergeben kann, das Verhältnis so gestalten, dass ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320—328 B.G.B. vorliegt. Das wird meistens dann der Fall sein, wenn vereinbart ist, dass der eine Teil die Verwahrung übernehmen, der andere Teil eine Vergütung dafür leisten solle. Nur dann dürfte dies anders sein, d. h. ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag der Regel gemäss vorliegen, wenn die vereinbarte Vergütung sich lediglich als eine in Bausch und Bogen berechnete Entschädigung für die Aufwendungen des Verwahrers darstellen soll. Dann finden nicht die Bestimmungen der §§ 320f. B.G.B., sondern die der §§ 273/74 B.G.B. Anwendung.[1])

[1]) Vgl. Planck, Vorbem. I vor § 688; Oertmann, Vorbem. 5 vor § 688; Staudinger, Einl. Anm. 2 vor § 688; Motive II S. 582; Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 689; Endemann Bd. I § 185 Ziff. 1. Bei den Beratungen der II. Kom-

Die Frage, ob gegenseitiger oder unvollkommen zweiseitiger Vertrag vorliegt, hat ja im wesentlichen wenig praktische Bedeutung, da im § 699 B.G.B. eine Spezialvorschrift für die Fälligkeit der Vergütung getroffen ist. Es kann sich aber doch im einzelnen ein Unterschied ergeben. So z. B. kann der Verwahrer dem Hinterleger gegenüber, der die verwahrte Sache zurückverlangt, ohne die vereinbarte, fällige Vergütung zu bezahlen, beim Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages sowohl die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 B.G.B., als die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 B.G.B. geltend machen. Ist dagegen ein unvollkommen zweiseitiges Vertragsverhältnis gegeben, so kann der Verwahrer in diesem Falle dem Hinterleger nur die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes entgegensetzen. Wenn auch beide Einreden im wesentlichen zu demselben praktischen Resultate führen, so ergibt sich ein Unterschied doch daraus, dass die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages dagegen nicht.[1]) Bei einem gegenseitigen Vertrage ist also die Rechtsstellung des Verwahrers in dieser Beziehung eine etwas günstigere. Auch im Falle der Unmöglichkeit der Leistung oder des Verzuges auf Seite des Verwahrers oder Hinterlegers können sich im einzelnen Unterschiede ergeben.

Betrachtet man nun den Bankdepotvertrag im speziellen, so ist bei diesem in der Regel ausdrücklich oder stillschweigend eine Vergütung für die Verwahrung vereinbart[2]) und damit auch das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages anzunehmen. Die Depotverträge werden von den Bankiers gewerbsmässig und in der Absicht, aus der Verwahrung und Verwaltung fremder Wertpapiere einen Gewinn zu erzielen,

---

mission über den Entwurf des B.G.B. wurde von einer Seite irrigerweise die Ansicht vertreten, beim Vorliegen einer Vergütung sei stets ein zweiseitiges Vertragsverhältnis anzunehmen; ebenso Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 564.

[1]) S. § 273 Abs. III und § 320 Abs. I S. 2 B.G.B.

[2]) Vgl. § 689 B.G.B.

abgeschlossen. Die Vergütung, welche der Bankier sich versprechen lässt, ist geradezu das Ziel und der Zweck der von ihm versprochenen Gegenleistungen, wenn auch als Nebenabsicht des Bankiers vielfach sich damit seine Hoffnung verbindet, durch die Depotverwaltung auch in sonstiger Beziehung in Geschäftsverbindung mit dem Deponenten zu treten; die Vergütung für das Verwahren und Verwalten des Depots ist nicht lediglich als eine in Bausch und Bogen berechnete Entschädigung für die Aufwendungen des Bankiers zu betrachten, sondern als ein von diesem beabsichtigter gewerbsmässiger Verdienst. Aus diesen Gründen ist daran festzuhalten, dass beim Vorliegen eines entgeltlichen Bankdepotvertrages eine Vermutung für dessen Charakter als zweiseitiger Vertrag spricht. Durch ausdrückliche Parteivereinbarung kann natürlich auch ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag geschaffen werden. Ist der Bankdepotvertrag ausnahmsweise unentgeltlich, dann liegt ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag vor.

Was nun die Rechte des Depositars im einzelnen anbelangt, so steht ihm zunächst ein Anspruch auf Vergütung für seine Verwahrungs- und Verwaltungstätigkeit zu, wenn nicht die Unentgeltlichkeit ausdrücklich vereinbart ist oder nach den Umständen als beabsichtigt anzunehmen ist. In der Regel ist in den Depotordnungen der Banken bestimmt, dass eine Vergütung seitens der Deponenten zu entrichten ist. Aber auch wenn eine solche Bestimmung fehlt, ist bei dem reinen Bankverwahrungsvertrage und noch mehr bei dem Bankverwahrungsvertrage mit Verwaltung aus der Natur dieser Geschäfte eine Vergütung als stillschweigend vereinbart zu folgern.[1]) Der Bankier leistet in Ausübung seines Bankiersgewerbes durch die Verwahrung und Verwaltung fremder Wertpapiere deren Deponenten Dienste und kann dafür auch ohne Verabredung Provision, resp. wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld verlangen. Wie die Vergütung zu benennen ist, ist gleichgültig. Jedenfalls geht aus der Bestimmung des § 354 Abs. I H.G.B. klar hervor,

[1]) Vgl. § 689 B.G.B., § 354 H.G.B.

dass eine Vermutung zugunsten eines Vergütungsanspruches des Bankiers spricht. Die Ansicht Staubs,[1]) dass im Bankdepotverkehr von der Unentgeltlichkeit der Verwahrung präsumtiv auszugehen sei, ist mit dem klaren Wortlaute des § 354 Abs. I H.G.B. nicht vereinbar und daher irrig. Es spricht im Gegenteil eine Vermutung für die Entgeltlichkeit der Verwahrung. Staub kommt zu seiner Ansicht auf Grund der Erwägung, dass es bei der Verwahrung von Wertpapieren häufig vorkomme, dass die Bankiers ihren Geschäftskunden gegenüber auf jede Verwahrungsprovision verzichten. Prüft man die Bankdepotordnungen der verschiedenen Banken, so findet man aber fast durchweg, dass für Verwahrung und Verwaltung der Depots eine Vergütung verlangt wird. Es kommt also in der Praxis eine entgeltliche Verwahrung fremder Wertpapiere viel häufiger vor, wie eine unentgeltliche. Aber selbst wenn das Gegenteil der Fall wäre, so könnte man daraus noch nicht den Schluss ziehen, dass damit eine der Vorschrift des § 354 Abs. I H.G.B. entgegengesetzte, gleichsam gewohnheitsrechtliche, Vermutung geschaffen sei.

Im Vorstehenden habe ich absichtlich nur vom Bankverwahrungsvertrage gesprochen. Liegt dagegen ein Bankverpfändungsvertrag vor, dann handelt der Bankier, der die ihm als Pfand übergebenen Wertpapiere verwahrt und verwaltet, im eigenen Interesse. Infolgedessen tritt dann auch die umgekehrte Vermutung, d. h. die Vermutung für die Unentgeltlichkeit der Verwahrungs- und Verwaltungshandlungen ein.[2]) Es kann aber auch in diesem Falle ein Entgelt für die Verwahrung und Verwaltung, welche dem Interesse des Deponenten mitdienlich ist, von den Parteien vereinbart werden.

Beim irregulären Depot braucht der Deponent nicht nur keine Vergütung zu zahlen, sondern erhält in der Regel noch eine solche vom Bankier. Das rechtfertigt sich dadurch, dass hier der Bankier infolge seines Verfügungsrechtes von dem Depot einen nutzbringenden Gebrauch macht und einen Teil

[1]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 14 zu § 424 S. 1504.

[2]) Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 5 zu § 354 S. 1105; Entsch. d. R.G. in I. W. 1893 S. 489.

seines Nutzens an den Deponenten als Entschädigung für die Ueberlassung des Gebrauchsrechtes und Uebernahme des Risikos abgeben kann.

Was die Fälligkeit der Vergütung anbelangt, so ist diese der Parteivereinbarung überlassen. In den meisten Depotordnungen ist die Bestimmung enthalten, dass die Gebühren pränumerando zu zahlen sind.[1]) Fehlt es an einer diesbezüglichen Vereinbarung, so greifen die Bestimmungen des § 699 B.G.B. Platz, wonach der Hinterleger die vereinbarte Vergütung bei Beendigung der Verwahrung, und wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten hat.

Endigt die Aufbewahrung vor Ablauf der für sie bestimmten Zeit, so kann der Verwahrer gemäss § 699 Abs. II B.G.B. einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen, sofern sich nicht aus der Vereinbarung etwas anderes ergibt. Sind also beispielsweise die Gebühren für ein Jahr pränumerando gezahlt und endigt die Verwahrung vor Ablauf des Jahres, so muss mangels einer anderen Vereinbarung der Bankier einen entsprechenden Teil der Gebühren zurückzahlen. Es kommt bei der Berechnung des zurückzuerstattenden Betrages primär nicht auf das Verhältnis der Zeitdauer der tatsächlichen Verwahrung zur vereinbarten Verwahrungszeit an, sondern auf das Verhältnis der in der Zeit der tatsächlichen Verwahrung geschehenen Leistungen zu der in der vereinbarten Verwahrungszeit zu erfüllenden Gesamtleistung.[2]) Das ist z. B. wichtig, wenn das Depotverhältnis schon nach einigen, sagen wir 4 Tagen, endigt, obwohl einjährige Depotdauer vereinbart wurde. Hier sind nicht etwa nur $^4/_{365}$ der Jahresgebühr zu entrichten, sondern eine entsprechend höhere Quote, deren Feststellung im Streitfalle dem richterlichen Ermessen obliegt, weil gerade in den ersten Tagen der

---

[1]) So sind z. B. bei der Reichsbank und der kgl. Bank die Gebühren für Verwahrung von offenen Depots auf ein Jahr, bei der bayr. Handelsbank auf mindestens ein halbes Jahr im voraus zu entrichten.

[2]) Vgl. Oertmann, Kommentar, Anm. zu § 699.

Depotzeit durch die Buchungen und Anfertigung der Nummerverzeichnisse viel mehr Leistungen seitens des Bankiers erforderlich sind, als während der übrigen Depotzeit. Erst bei länger andauernder tatsächlicher Depotzeit wird in der Regel das Verhältnis der Leistungen mit dem Verhältnisse der Zeitdauer identisch sein.

Für die Praxis des Bankdepotverkehrs hat die Bestimmung des § 699 Abs. II aber wenig Bedeutung, da in den Depotordnungen gewöhnlich angeordnet ist, dass die Gebühren pränumerando zu zahlen sind und eine Rückvergütung bereits gezahlter Gebühren in keinem Falle stattfindet.[1]) Durch eine derartige strikte Bestimmung wird im allgemeinen die Zurückforderung einer Gebührenquote, auch wenn die Verwahrung vor Ablauf der vereinbarten Zeit ohne Verschulden des Hinterlegers endigt, ausgeschlossen. Das ist aber trotz des strikten Wortlautes einer solchen Bestimmung nicht der Fall, wenn der Hinterleger durch Verschulden des Bankiers, z. B. bei nachlässiger Depotverwaltung, zur vorzeitigen Rückziehung seines Depots veranlasst wird. Dann kann der Hinterleger trotzdem eine entsprechende Gebührenquote zurückverlangen. Das rechtfertigt sich aus dem Verschulden des Bankiers. Auch dann ist das der Fall, wenn die Bankdepotordnungen die Bestimmung enthalten, dass die Bank auch trotz Festsetzung einer bestimmten Verwahrungszeit ohne Grundangabe die vorzeitige Rücknahme der Depots verlangen kann. Macht die Bank von diesem ihr vertragsmässig eingeräumten Rechte Gebrauch, ohne dass irgend welches Verschulden des Hinterlegers vorliegt, so muss sie eine entsprechende Quote der bereits gezahlten Gebühr auch dann zurückerstatten, wenn die Vereinbarung getroffen ist, dass eine Rückzahlung bereits gezahlter Gebühren nicht stattfinde. Die Bank könnte ja sonst sich einfach die Gebühren für eine bestimmte Zeit vorauszahlen lassen und dann ohne Grund die Deponenten vor Ablauf dieser Zeit zur Rücknahme ihrer Depots

[1]) Vgl. z. B. Bedingungen der Reichsbank für Aufbewahrung von offenen Depots Nr. 4; Reglement der bayr. Hypotheken- und Wechselbank für geschlossene Depots § 7.

zwingen und dennoch sämtliche Gebühren behalten. Eine derartige Manipulation wäre ein grober Verstoss gegen Treu und Glauben im Verkehr.

Die volle Gebühr ist zu entrichten resp. keine Gebührenquote ist zurückzuersetzen, auch wenn keine ausdrückliche Vereinbarung besteht, wenn eine bestimmte Depotdauer vereinbart ist und der Deponent sein Depot, ohne dass ein Verschulden des Bankiers vorliegt, vorzeitig zurücknimmt, wozu er gemäss § 695 B.G.B. berechtigt ist. Durch die vorzeitige Beendigung des Depotverhältnisses wird die Verpflichtung des Deponenten, die Vergütung für die ganze vereinbarte Vertragsdauer zu entrichten, nicht berührt.

Ebenso wie die Fälligkeit ist auch die Höhe der Vergütung der Parteivereinbarung überlassen. Bei offenen Depots wird die Gebühr meistens nach dem Kurswerte der hinterlegten Papiere und bei mangelndem Kurswerte nach deren Nennwert berechnet und schwankt zwischen 0,3 % und 1 % per Jahr. Manchmal ist die Gebühr auch nach der Gattung der Papiere abgestuft. So berechnet beispielsweise die Reichsbank für im Inlande ausgestellte Papiere $^1/_2$ %, für im Auslande ausgestellte $^3/_4$ %. In der Regel ist auch eine Mindestgebühr festgesetzt. Bei verschlossenen Depots wird gewöhnlich eine mit der räumlichen Grösse des Depots und der Zeitdauer der Verwahrung wechselnde Lagergebühr und, wenn eine Wertangabe erfolgt, daneben noch eine mit dem Wertbetrage steigende Versicherungsgebühr erhoben. Fehlt es an einer ausdrücklichen Festsetzung der Höhe der Gebühr, so entscheidet hierüber gemäss § 354 H.G.B. der ortsübliche Satz, in Ermangelung eines solchen freies richterliches Ermessen.[1])

Neben dem Anspruche auf die genannte Vergütung steht dem Verwahrer gegen den Hinterleger auch ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zu, die er zum Zwecke der Aufbewahrung gemacht hat und den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§ 693 B.G.B.). Dieser Ersatzanspruch steht dem Verwahrer zu ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen entgeltlichen oder einen unentgeltlichen Depotvertrag

[1]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 11 u. 14 zu § 354.

handelt. Bei der entgeltlichen Verwahrung ist aber in jedem Einzelfalle zu prüfen, ob die betreffende Aufwendung durch die vereinbarte Vergütung nicht als mitgetilgt gilt. Das trifft insbesondere zu für Aufwendungen zur Beschaffung und ordnungsmässigen Instandhaltung von Einrichtungen für die sichere Verwahrung der Depots, z. B. von feuer- und diebessicheren Kasseschränken, für Aufwendung von Geld als Lohn für die Depotbeamten. Es ist überhaupt davon auszugehen, dass die Vergütung grundsätzlich als Entschädigung auch für alle Verwaltungshandlungen zu betrachten ist, demnach für Verwaltungshandlungen in der Regel eine besondere Entschädigung nicht verlangt werden kann. Als Beispiele von Aufwendungen, welche in der Regel durch die Vergütungen nicht als abgegolten anzusehen sind, seien erwähnt Porti, Maklergebühren und Inkassospesen. Hinsichtlich des Umfanges der zu ersetzenden Aufwendungen hat § 693 B.G.B. nicht einen objektiven, sondern einen subjektiven Massstab aufgestellt. Es sind diejenigen Aufwendungen zu ersetzen, welche der Verwahrer nach den Umständen für erforderlich halten durfte. Massgebend hierfür ist die vereinbarte Art der Aufbewahrung und die in Betracht zu ziehende Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes.[1]) Sofern ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen besteht, kann der Verwahrer Zinsen für den aufgewendeten Betrag vom Momente der Aufwendung an, und zwar wenn der Hinterleger gleichfalls Kaufmann ist, 5 %, sonst 4 % verlangen. Hat der Verwahrer zum Zwecke der zu ersetzenden Aufwendung eine Verbindlichkeit eingegangen, so kann er vom Hinterleger Befreiung von derselben begehren.[2])

Dem Verwahrer steht, konform dem Rückforderungsrechte des Hinterlegers, das Recht zu, die Rücknahme des Depots zu begehren. Aber zwischen dem Rückforderungsrechte des Hinterlegers und dem Rechte des Verwahrers, die Rückziehung des Depots verlangen zu können, besteht insofern ein Unterschied, als ersteres jederzeit, auch vor Ablauf der vereinbarten Verwahrungszeit, geltend gemacht werden kann, letzteres dagegen

[1]) Vgl. Motive II S. 581; Staudinger Anm. 2 zu § 693.

[2]) S. §§ 256, 257, 246 B.G.B., § 352 H.G.B.

„jederzeit" nur, wenn es an einer Vereinbarung über die Dauer der Verwahrung fehlt. Ist eine bestimmte Verwahrungszeit vereinbart, so ist der Bankier auch verpflichtet, das Depot bis zum Ablaufe dieser Frist zu behalten. Eine vorzeitige Rücknahme kann er dann nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.[1]) Die Beweislast hiefür trifft den Verwahrer. Selbstverständlich muss der Bankier auch beim Vorliegen eines wichtigen Grundes dem Hinterleger eine angemessene Frist zur Zurücknahme gewähren.[2]) In der Praxis ist vielfach infolge getroffener Parteivereinbarung die Sache so gelagert, dass der Verwahrer auch bei bestimmter Verwahrungszeit ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, d. h. überhaupt ohne Grundangabe, die Rücknahme des Depots jederzeit nach Ablauf einer bestimmten Kündigungsfrist verlangen kann.[3]) Gegen die Zulässigkeit einer derartigen Bestimmung besteht kein Bedenken, denn die Vorschrift des § 696 S. 2 ist dispositiver Natur.

Leistet der Hinterleger dem ordnungsgemäss an ihn gerichteten Verlangen auf Rücknahme des Depots keine Folge, so gerät er nicht nur in Annahme-, sondern auch in Leistungsverzug.[4]) Die Folge ist, dass dann der Verwahrer nicht nur lediglich Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 300 B.G.B.), sondern der Hinterleger auch verpflichtet ist, dem Verwahrer jeden Schaden zu ersetzen, der diesem durch den Verzug entstanden ist (§ 286 B.G.B.). Auch kann beim Verzuge der Rücknahme der Bankier das betreffende Depot gemäss § 372 B.G.B. bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle deponieren.

Der Hinterleger haftet dem Verwahrer für jeden Schaden, der diesem aus der Beschaffenheit des Depots erwächst. Die Entstehung des Schadens und den Umfang desselben hat der

---

[1]) S. § 696 B.G.B.

[2]) Vgl. Motive Bd. II S. 583; Staudinger, Komm. Anm. 1 zu § 696.

[3]) S. z. B. Bedingungen der Reichsbank für die Aufbewahrung von offenen Depots Nr. 15, der kgl. Bank Nr. 3.

[4]) Vgl. Staudinger, Kommentar Anm. 2 zu § 696; Oertmann, Kommentar Anm. 3 zu § 696, Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 566, 3 d

Verwahrer zu beweisen. Der Hinterleger wird von dieser Ersatzpflicht frei, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass ihm selbst die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung nicht bekannt war und diese seine Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht, oder wenn er den Beweis erbringt, dass er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache dem Verwahrer angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat.[1]) Es genügt, dass eine Anzeige der gefahrdrohenden Beschaffenheit erfolgt ist, ob diese auch zur Kenntnis des Verwahrers gelangt ist, ist für den Hinterleger gleichgülttig.[2]) Bezüglich der letzten Voraussetzung steht das Kennenmüssen dem Kennen nicht gleich. Erlangt der Hinterleger erst nach erfolgter Hinterlegung von der gefahrdrohenden Beschaffenheit seines Depots Kenntnis, aber zu einer Zeit, wo eine Verhütung des Schadens noch möglich gewesen wäre, so wird er durch den blossen Nachweis, dass er bei der Hinterlegung die gefahrdrohende Beschaffenheit nicht gekannt hat, von seiner Haftung nicht befreit, denn ein ordnungsmässiges Verhalten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr gebietet ihm eine diesbezügliche Anzeige an den Verwahrer. Es ist also in diesem Sinne eine Einschränkung dem Wortlaute des § 694 B.G.B. gegenüber zu machen.[3]) Die Bestimmung des § 694 ist in der Praxis nur für geschlossene Depots von Bedeutung. Es ist hier z. B. an Fälle zu denken, in denen durch im Depot enthaltene explodierende Stoffe dem Verwahrer ein Schaden erwächst.

Es taucht nun die Frage auf, wie die Haftung sich gestaltet, wenn eine Mehrzahl von Hinterlegern vorhanden ist, z. B. wenn zwei Personen gemeinschaftlich ein verschlossenes Depot übergeben, in welchem sich ein Explosivstoff befindet. Tritt hier eine solidarische Haftung oder eine Haftung nach Kopfteilen ein? Ich möchte mich für erstere entscheiden, da ja die Verursachung des Schadens auf eine unerlaubte, sei

---

[1]) S. §§ 694, 122 Abs. II B.G.B.

[2]) Vgl. § 130 B.G.B.; Protokolle II S. 400 f.; Staudinger, Kommentar Anm. 1 b zu § 694.

[3]) Vgl. Staudinger, Anm. 2 zu § 694.

es vorsätzliche oder fahrlässige, Handlung zurückzuführen ist (§ 840 B.G.B.). Dem in Anspruch Genommenen steht es dann frei, seinerseits den Nachweis zu führen, dass er bei der Hinterlegung die gefahrdrohende Beschaffenheit nicht gekannt hat und nicht kennen musste, mit der Wirkung, dass sich dann die Ersatzpflicht auf den anderen Hinterleger beschränkt.

Anschliessend hieran sei die Frage erörtert, wie sich bei Beteiligung mehrerer Hinterleger an einem Depot die Haftung im internen Verhältnis gestaltet, wenn Schäden am gemeinschaftlichen Depot entstehen, für die die Bank nicht verantwortlich ist. In erster Linie ist hierfür die unter den Hinterlegern getroffene Vereinbarung massgebend; mangels einer solchen haben die Hinterleger den Schaden nach Verhältnis ihrer Anteile am Depot zu tragen. Das ist von besonderer Wichtigkeit für das Sammeldepot.

Eine weitere Berechtigung des Verwahrers schafft § 692 B.G.B. Danach hat dieser das Recht, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Aenderung billigen werde und wenn mit dem Abwarten auf einen Bescheid des Hinterlegers Gefahr verbunden ist. Dieser Fall kann insbesondere bei verschlossenen Depots eintreten. Droht einem geschlossenen Depot, z. B. durch ätzende Flüssigkeiten oder in sonstiger Weise, eine Gefahr, so ist der Verwahrer berechtigt, zum Zwecke der Beseitigung der Gefahr die Umhüllung zu öffnen. Er darf also hier das verschlossene Depot in ein offenes verwandeln. In allen Fällen hat aber der Verwahrer bei nötig werdenden Aenderungen der vereinbarten Art der Aufbewahrung dem Hinterleger zuvor Anzeige zu machen. Es ist nur ein Abwarten, dessen Entschliessung dann nicht erforderlich, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Praktisch und rechtlich von grosser Wichtigkeit ist das dem Bankier an dem bei ihm ruhenden Depot zustehende Zurückbehaltungsrecht. Dieses Zurückbehaltungsrecht ist zu unterscheiden von dem Pfandrechte, welches dem Verwahrer

vielfach für seine sämtlichen Forderungen gegen den Hinterleger an dem Depot vertragsmässig eingeräumt wird.[1]) Ersteres entsteht *ipso iure* auf Grund des Gesetzes, letzteres dagegen nur auf Grund der getroffenen Parteivereinbarung. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch in seinen Wirkungen vielfach anders geartet, wie das durch Vertrag eingeräumte Pfandrecht. So erstreckt sich das vertragsmässige Pfandrecht auf alle verpfändeten Gegenstände. Auch wenn der Betrag der Forderung weit geringer ist als der Wert dieser Gegenstände, kann sie der Gläubiger doch insgesamt zurückbehalten, bis er völlig befriedigt ist (§ 1222 B.G.B.). Bezüglich des Zurückbehaltungsrechtes ist eine derartige Vorschrift nicht gegeben. Aus dem Zwecke, dem es dienen soll, ist zu folgern, dass es nicht weiter gehen soll, als zur Sicherung erforderlich ist. Infolgedessen können beispielsweise wegen einer Forderung zu 300 Mark nicht Wertpapiere im Werte von 3000 Mark zurückbehalten werden. Die den Betrag der Forderung übersteigende Anzahl von Wertpapieren kann in diesem Falle ohne Sicherheitsleistung herausverlangt werden.[2]) Bei dem vertragsmässig bestellten Pfandrecht ist ein Erwerb des Pfandrechtes seitens eines gutgläubigen Dritten auch vom Nichteigentümer, resp. Nichtverfügungsberechtigten möglich.[3]) Das Zurückbehaltungsrecht dagegen kann auf diese Weise nicht erworben werden.[4]) Es fehlt hier an einer diesbezüglichen Bestimmung und es ist auch kein Anhaltspunkt dafür gegeben, dass die Bestimmungen des B.G.B. und H.G.B. über den Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbes analoge Anwendung auf das Zurückbehaltungsrecht finden sollen. Es soll hier nur auf Grund der angeführten Beispiele auf diesen praktisch wichtigen Unterschied zwischen dem am Depot vertragsmässig eingeräumten Pfandrechte des Verwahrers und dem gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte hingewiesen werden. Diesen

---

[1]) Vgl. z. B. Bestimmungen der bayr. Handelsbank über die Aufbewahrung von Wertpapieren A 9.

[2]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 55 zu § 369.

[3]) S. §§ 1207, 932, 934, 935 B.G.B., § 366 H.G.B.

[4]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 20 zu § 369, Entsch. d. R.G. Bd. III S. 154, Bd. XIII S. 130.

Unterschied in allen Einzelheiten darzustellen, fiele aus dem Rahmen meiner Erörterung heraus.

Es können bei den Depots zwei verschiedene Arten des Zurückbehaltungsrechtes in Betracht kommen, nämlich das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. und das sogenannte kaufmännische Retensionsrecht nach § 369 H.G.B. Ersteres bildet die Regel und steht dem Verwahrer dann zu, wenn er aus dem Depotvertrage gegen den Hinterleger einen fälligen Anspruch hat, z. B., wenn er Gebühren für seine Verwahrungs- und Verwaltungstätigkeit zu fordern hat, oder wenn er eine Forderung wegen Aufwendungen auf das Depot oder wegen eines durch das Depot ihm verursachten Schadens gegen den Hinterleger geltend machen kann. Voraussetzung des gewöhnlichen Zurückbehaltungsrechtes ist sonach immer ein konnexer Anspruch, d. h. hier ein Anspruch, der auf Grund des Depotverhältnisses entstanden ist. Die Wirkung des gewöhnlichen Zurückbehaltungsrechtes ist die, dass es dem Verwahrer das Recht gewährt, die deponierten Effekten trotz des Verlangens des Hinterlegers auf Herausgabe, zurückbehalten zu dürfen.

Das kaufmännische Retensionsrecht dagegen setzt einen konnexen Gegenanspruch nicht voraus, sondern steht dem Bankier auch zugunsten solcher Forderungen gegen den kaufmännischen Hinterleger zu, welche nicht auf Grund des Depotverhältnisses entstanden sind. Voraussetzung ist nur, dass die Forderung, wegen der retiniert werden soll, aus einem beiderseitigen Handelsgeschäfte herrührt. Auch die Wirkung des kaufmännischen Retensionsrechtes ist eine weitergehende als die des gewöhnlichen Zurückbehaltungsrechtes. Ersteres gewährt nicht lediglich ein Recht auf Zurückhaltung, sondern auch ein Recht auf pfandartigen Verkauf der zurückbehaltenen Effekten.[1]) Voraussetzung des Entstehens des kaufmännischen Retensionsrechtes ist, wie schon erwähnt, dass es sich um eine fällige Forderung eines Kaufmannes gegen einen Kaufmann, herrührend aus einem zwischen ihnen abgeschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäfte, handelt und dass ferner die reti-

[1]) Vgl. §§ 369, 371 H.G.B.

nierten Wertpapiere mit Willen des Hinterlegers auf Grund eines mindestens einseitigen Handelsgeschäftes in den Besitz des Depositars gelangt sind. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist demnach vor allem ausgeschlossen, wenn der Hinterleger nicht Kaufmann ist, denn hier kann keine auf Grund eines beiderseitigen Handelsgeschäftes zwischen ihm und dem Bankier entstandene Forderung vorliegen. Aber auch, wenn der Hinterleger Kaufmann ist, liegt kein kaufmännisches Retensionsrecht vor, wenn die Forderung, wegen der das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, nicht zwischen Hinterleger und Verwahrer entstanden, sondern an den letzteren seitens eines dritten zediert worden ist,[1]) oder wenn das Geschäft, auf Grund dessen die Retensionsforderung entstanden ist, nicht auf Seite beider Kontrahenten zum Betriebe des Handelsgewerbes gehört.

Von der allgemeinen Regel, dass Konnexität bei Geltendmachung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes nicht erforderlich ist, wird durch § 8 des Depotgesetzes wiederum eine Ausnahme statuiert. Hiernach hat ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere der im § 1 Dep.-Ges. bezeichneten Art einem Dritten zum Zwecke der Aufbewahrung, des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ausantwortet, hiebei dem Dritten mitzuteilen, dass die Wertpapiere fremde seien. Ebenso hat er für den Fall, dass er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt, diesem mitzuteilen, dass die Anschaffung für fremde Rechnung erfolge. Die Rechtsfolge dieser Mitteilung ist, dass der Empfänger derselben an den übergebenen oder neu beschafften Effekten ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht nicht wegen aller seiner Forderungen gegen den Mitteilenden, sondern nur wegen solcher Forderungen, welche mit Bezug auf die übergebenen oder neu beschafften

---

[1]) Vgl. Staub Anm. 7 zu § 369 H.G.B.; Entsch. d. R.G. Bd. IX S. 49, Bd. XVIII S. 234; Dernburg, Lehrbuch Bd. III S. 765. Abweichend Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 129.

[2]) S. §§ 343, 344 H.G.B.

Papiere entstanden sind, mit anderen Worten nur wegen konnexer Forderungen, geltend machen kann. Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung,[1]) dass vielfach die Bankiers, namentlich die in Provinzstädten wohnenden, die wir in der Folge Lokalbankiers nennen wollen, die Aufträge ihrer Kunden nicht selbst ausführen können, sondern durch einen Bankier am Börsenplatze — nennen wir ihn Zentralbankier — ausführen lassen. Die Bankiers an Börsenplätzen stehen wieder vielfach in Geschäftsverbindung mit einem Bankier am Hauptbörsenplatze und lassen durch diesen die ihnen zugehenden Aufträge ausführen. So kommt es, dass bei Ausführung von Kommissionsgeschäften nicht selten zwei, drei und noch mehr Bankiers beteiligt sind. An sich würde nun der Zentralbankier an allen ihm seitens des Lokalbankiers übergebenen oder für diesen neu angeschafften Wertpapieren ein Zurückbehaltungsrecht für seine sämtlichen Forderungen gegen diesen, resp. ein Pfandrecht gemäss § 397 H.G.B. erwerben. Dadurch wäre die Gefahr gegeben, dass die Wertpapiere der Kunden des Lokalbankiers dem Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte des Zentralbankiers zur Sicherung von Forderungen verhaftet werden, die dieser aus ganz anderen Geschäften dem Lokalbankier gegenüber erworben hat und infolgedessen im Konkurse des Lokalbankiers für die Kunden Verluste eintreten. Zum Schutze gegen diese Gefahr ist die Bestimmung des § 8 Dep.-Ges. getroffen.

Durch diese Vorschrift ist aber anderseits der Zentralbankier wiederum in eine missliche Lage gebracht. Denn das ihm infolge der Mitteilung zustehende lediglich konnexe Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht wird dadurch illusorisch, dass in der Praxis eine Evidenthaltung der einzelnen Forderung und der einzelnen Sicherheit oft ganz unmöglich ist. Das ergibt sich daraus, dass es schwerlich denkbar ist, dass der Zentralbankier dem Lokalbankier jedesmal ein eigenes Depotkonto eröffnet, wenn dieser Papiere mit der im § 8 Dep.-Ges. normierten Mitteilung übersendet und anderseits für jedes dieser einzelnen Depotkonti auch ein eigenes Geldkonto an-

[1]) S. Begründung zum Depotgesetzentwurf S. 82/83.

legt. Die Einrichtung einzelner Depotkonti würde naturgemäss nur dann einen Sinn haben, wenn ebensoviele Depotkonti errichtet würden, als der Lokalbankier einzelne Kunden hat, deren Wertpapiere er dem Zentralbankier übersendet. Der Lokalbankier wird sich aber davor hüten, die Namen seiner Kunden zu nennen, weil er damit die Gefahr auf sich nimmt, dieselben an den Zentralbankier zu verlieren. Die Lokalbankiers werden in der Regel die Aufträge ihrer verschiedenen Kunden dem Zentralbankier in einem Sammelauftrage zugehen lassen, so dass dieser gar nicht in der Lage ist, zu unterscheiden, wieviele Kunden und wie die Kunden an diesem Auftrage beteiligt sind. Aus den gleichen Gründen und den ferneren, dass sich ein derartiges Verfahren mit seiner erforderlichen komplizierten Buchung mit einem ausgedehnten Kontokorrentverkehr nicht in Einklang bringen liesse, ergibt sich die Unmöglichkeit der Anlegung korrespondierender Geldkonti.[1]) Um all dem zu entgehen, legen die grossen Banken nur zwei Depotkonti an,[2]) ein Depot A, welches diejenigen Wertpapiere enthält, welche nicht als fremde bezeichnet werden und dem Zentralbankier für alle Forderungen gegen den Lokalbankier haften, und ein Depot B, in welches die nach § 8 Dep.-Ges. als „fremd" bezeichneten Wertpapiere aufgenommen werden. Letzteres ist nicht geeignet als Kreditunterlage zu dienen, und zwar auch nicht für Forderungen, die aus den Geschäften über die betreffenden Wertpapiere herrühren. Die Praxis hat auf diese Weise zwei neue Depotarten geschaffen.

Die Anwendbarkeit des § 8 Dep.-Ges. ist davon abhängig, dass die zu übergebenden Wertpapiere fremde sind, bzw. die Anschaffung für fremde Rechnung erfolgt. Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen. Hiernach sind nicht fremde Wertpapiere zunächst alle diejenigen, welche im Eigentum des Lokalbankiers stehen. Eine Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.-

[1]) Vgl. Risser S. 46f.; Schweyer S. 137; Stenglein Anm. 2 zu § 8.

[2]) Vgl. Beschluss der Berliner Vereinigung von Banken und Bankinstituten vom 21. Juli 1896.

Ges. besteht daher für den Lokalbankier nicht, wenn es sich um Wertpapiere handelt, die ihm in irreguläres Depot gegeben worden sind, und auch da nicht, wenn er von seinem Selbsteintrittsrechte bei der Einkaufs- oder Verkaufskommission Gebrauch gemacht hat. Im letzteren Falle handelt der Lokalbankier infolge seines Selbsteintrittes in eigenem Namen und kauft oder verkauft für eigene Rechnung. Die Papiere, die der Lokalbankier nun seinerseits zum Verkauf an den Zentralbankier weitergibt oder die er von diesem bezieht, sind in diesem Falle seine eigenen und keine fremden.[1]) Auch bei der Ausantwortung von Effekten zu Deportzwecken entfällt die Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.-Ges., weil es sich hierbei nicht um fremde Wertpapiere handeln kann. Die Papiere, welche der Deporteur an einem bestimmten Tage zu dem dort massgebenden Kurse verkauft unter der Bedingung des Rückkaufes an einem anderen bestimmten Termine zu dem gleichen Kurse mit Zuschlag einer vereinbarten Vergütung (Deport), müssen spätestens im Augenblicke des Verkaufs im Eigentume des Deporteurs gestanden sein. Im übrigen ist infolge der Natur des Deportgeschäftes als eines doppelten Kaufvertrages die Ausantwortung von Wertpapieren auf Grund eines solchen Vertrages nicht als Hingabe zur Verwahrung oder zu einem der sonstigen im § 8 Dep.-Ges. erwähnten Zwecke anzusehen, sondern als Eigentumsübertragung. Es entfällt deshalb auch aus diesem Grunde die Mitteilungspflicht des § 8.[2])

---

[1]) Vgl. Risser S. 53 f.

[2]) Sowohl die Begründung von v. Pechmann S. 41 als die von Lusensky S. 71 ist richtig. Wenn v. Pechmann die Begründung Lusenskys für unrichtig hält, weil dieser sage, die Ausantwortung fremder Wertpapiere auf Grund eines Deportgeschäftes sei eine Eigentumsübertragung und nicht Hingabe zur Verwahrung, und weil daraus nur zu folgern sei, dass dieser Fall unter den Gesichtspunkt der Veräusserung zu stellen und deshalb nach § 8 Dep.-Ges. zu beurteilen sei, so übersieht er dabei, dass der § 8 nur den Fall im Auge hat, wo eine Ausantwortung „zum Zwecke der Veräusserung" stattfindet, d. h. wo derjenige, an den die Ausantwortung erfolgt, selbst erst die Veräusserung vornehmen soll. Beim Deportgeschäft aber handelt es sich um eine direkte Veräusserung an denjenigen, dem die Effekten ausgeantwortet werden.

Die Begründung des Depotgesetzentwurfes[1]) führt aus, dass die Mitteilungspflicht des § 8 Dep.-Ges. auch dann entfalle, wenn es sich um Wertpapiere handele, bezüglich deren dem Lokalbankier eine Ermächtigung nach § 2 Abs. II Dep.-Ges. erteilt wurde. Diese Ansicht ist in ihrer Allgemeinheit nicht richtig. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Hat die Ermächtigung nach § 2 Abs. II Dep.-Ges. die rechtliche Bedeutung, dass der Verwahrer dadurch Eigentümer der hinterlegten Papiere wird oder sich zum Eigentümer derselben machen kann, dann tritt allerdings eine Befreiung von der Mitteilungspflicht des § 8 ein. Denn in beiden Fällen handelt es sich nicht um fremde Wertpapiere, sondern um solche, welche im Eigentum des Lokalbankiers stehen. Im Falle die Ermächtigung nach § 2 Dep.-Ges. nicht die Bedeutung einer sofortigen Eigentumsübertragung, sondern lediglich einer Befugnis an den Verwahrer, sich zum Eigentümer zu machen, hat, handelt es sich zwar, solange der Verwahrer von dieser Befugnis keinen Gebrauch hat, für ihn um fremde Wertpapiere. Es steht aber im freien Belieben des Verwahrers, sich jederzeit zum Eigentümer der Papiere und diese damit aus fremden zu eigenen zu machen. Sendet der Lokalbankier, der vorher keinen Aneignungsakt vorgenommen hat, die Papiere ohne Mitteilung nach § 8 Dep.-Ges. an den Zentralbankier ab, so ist hierin seine kenntlich gemachte Aneignungsabsicht zu erblicken. Absendung und Aneignung fallen dann in einem Akte zusammen und es handelt sich nicht mehr um fremde Wertpapiere, sondern um eigene des Lokalbankiers. Es ist aber daran festzuhalten, dass es sich in diesem Falle nur um eine Befreiung des Verwahrers von der Mitteilungspflicht des § 8 Dep.-Ges. handelt. Eine rechtliche Möglichkeit aber, diese Mitteilung trotzdem vorzunehmen und damit die hieran geknüpften Folgen herbeizuführen, ist nicht ausgeschlossen. Der Lokalbankier braucht die Mitteilung nicht vorzunehmen, aber er kann sie vornehmen. Tut er letzteres, so gibt er damit zu erkennen, dass er von seinem Aneignungsrechte noch keinen Gebrauch

[1]) S. Begründung S. 82. Gleicher Ansicht auch Risser S. 48; Lusensky S. 72; Kunreuther S. 130. S. dagegen v. Pechmann S. 39f.

machen und die Papiere immer noch als fremde betrachten will. Der Zentralbankier erwirbt dann an diesen Papieren nur wegen konnexer Forderungen ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht.

2. Hat die Ermächtigung des § 2 Abs. II Dep.-Ges. dagegen die Bedeutung, dass der Verwahrer dadurch zwar in die Lage versetzt wird, gleichartige Wertpapiere zurückzuerstatten, aber sich die verwahrten Papiere nicht aneignen darf — das trifft zu beim einfachen Sammeldepot —, dann besteht unter allen Umständen für den Lokalbankier eine Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.-Ges. Es handelt sich dann eben um fremde Wertpapiere und der Lokalbankier besitzt auch nicht die rechtliche Möglichkeit, die Papiere aus fremden zu eigenen zu machen.

Eine Mitteilungspflicht besteht natürlich nur, wenn die Ausantwortung der Papiere zu einem der in § 8 Dep.-Ges. ausdrücklich bezeichneten Zwecke erfolgt. Eine analoge Anwendung auf andere Zwecke ist ausgeschlossen. So entfällt z. B. die Mitteilungspflicht, wenn die Ausantwortung zum Zwecke der Verpfändung erfolgt, denn die Verpfändung ist im § 8 Dep.-Ges. nicht angeführt, die mit der Verpfändung verbundene Aufbewahrung ist nicht Zweck der Ausantwortung, sondern die Aufbewahrung ist hier nur Mittel zum Zweck, und die Verpfändung lässt sich auch nicht unter den Begriff der Veräusserung bringen, die hier zweifellos im Sinne von Eigentumsübertragung zu verstehen ist.[1])

Eine zwischen dem Lokalbankier und Zentralbankier vertragsmässig festgelegte Befreiung des ersteren von der Mitteilungspflicht nach § 8 ist wirkungslos. Ueber die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung lässt sich im Gesetze kein Anhaltspunkt finden. Aus dem Schutzzwecke des § 8 Dep.-Ges. ist dessen Charakter als zwingende Rechtsnorm zu folgern. Durch diese Vorschrift sollen ja die Kunden des Lokalbankiers in ihren Interessen geschützt werden; es ist jedenfalls gegen die Absicht des Gesetzgebers, dass dieser Schutzzweck durch eine Vereinbarung zwischen Lokal- und Zentralbankier wieder beseitigt werden könnte. Die Verpflichtung zur Mitteilung,

[1]) Vgl. v. Pechmann S. 40; Lusensky S. 71/72.

dass die Papiere fremde seien oder die Anschaffung für fremde Rechnung erfolge, hat der Lokalbankier ja auch nicht dem Zentralbankier, sondern seinen Kunden gegenüber. Durch eine Vereinbarung zwischen Lokalbankier und Kunden kann infolgedessen ersterer von der Mitteilungspflicht befreit werden. Nur ist eben zu berücksichtigen, dass diese Vereinbarung dann die Bedeutung hat, dass der Kunde auf sein Eigentum an den hingegebenen Stücken verzichtet und sich mit einem Anspruche auf Rückgewähr einer gleich grossen Menge gleicher Art begnügt. Infolgedessen bedarf eine Vereinbarung zwischen dem Kunden und dem Lokalbankier, wodurch letzterer von der Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.-Ges. befreit wird, der in § 2 Dep.-Ges. bestimmten Form.

Die Mitteilung nach § 8 äussert ihre Wirkung der Beschränkung des Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes auf konnexe Forderungen nicht schon mit der Absendung, sondern erst mit dem Momente des Empfanges durch den Zentralbankier. Es genügt aber lediglich der Empfang; eine Kenntnisnahme durch den Zentralbankier ist nicht erforderlich.

Hat der Zentralbankier die Mitteilung empfangen, dass die ihm ausgeantworteten Papiere fremde seien, so behält der Lokalbankier nichtsdestoweniger das volle Dispositionsrecht über diese Papiere. Der Lokalbankier ist zwar verpflichtet, dem Auftrage seines Kunden gemäss zu handeln und in dessen Eigentumsrechte nicht unbefugt einzugreifen; er macht sich sonst strafrechtlich verantwortlich. Allein das Verhältnis zwischen Lokalbankier und seinen Kunden ist nur ein internes; dem Zentralbankier ist dieses Verhältnis und sogar die Person des Kunden völlig unbekannt. Er ist deshalb gar nicht in der Lage, zu prüfen, ob der Lokalbankier die Verfügung in Gemässheit des zwischen ihm und seinem Kunden bestehenden Rechtsverhältnisses vornimmt und darf deshalb in jedem Falle, in dem ihm nichts Gegenteiliges genau bekannt ist, ohne Nachprüfung annehmen, dass die Verfügung des Lokalbankiers eine berechtigte ist.[1])

[1]) S. Risser S. 48f.; Schweyer S. 138; v. Pechmann S. 47; Lusensky S. 75. Anderer Meinung in Salings Börsenpapier 1903 Bd. I S. 408, wo eine

Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, dass auf Weisung des Lokalbankiers eine Uebertragung der als fremd bezeichneten Wertpapiere von dem pfandfreien Depot B auf das pfandpflichtige Depot A stattfinden soll. In diesem Falle darf der Zentralbankier nicht ohne weiteres der Aufforderung des Lokalbankiers nachkommen, sondern nur dann, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass diese Disposition des Lokalbankiers eine berechtigte ist. Die Vermutung spricht in diesem Falle gegen eine derartige Berechtigung des Lokalbankiers, und der Zentralbankier hat infolgedessen das Recht und die Pflicht, die Uebertragung abzulehnen, sofern ihm der Lokalbankier nicht das Bestehen seiner Berechtigung nachweist.[1]) Diese Ausnahme rechtfertigt sich aus dem Umstande, dass bei Ueberweisung vom Depot B auf Depot A eine Vermutung dafür spricht, dass der Lokalbankier zu seinen eigenen Gunsten verfügt, sich selbst zum Eigentümer der Papiere und diese damit zum Pfande seiner sämtlichen Geschäfte, welche vielleicht einen spekulativen Charakter tragen, macht, während in allen sonstigen durch ihn vorgenommenen Verfügungshandlungen eben nur eine Verfügung zugunsten des fremden Eigentümers zu vermuten ist. Es ist zwar richtig, dass die Umschreibung von Depot B auf Depot A einfach dadurch umgangen werden kann, dass der Lokalbankier die im Depot B ruhenden Effekten sich zurückgeben lässt und sie dann später wieder in das Depot A einliefert. Aber diese Möglichkeit ist kein ausreichender Grund, die *ipso iure* an die Mitteilung des § 8 sich anknüpfende Wirkung durch eine blosse Erklärung des Lokalbankiers wieder zu beseitigen. Hat der Lokalbankier einmal die Erklärung abgegeben, dass die Papiere fremde seien und überweist er dann ohne weiteres diese Papiere von Depot B auf Depot A, wodurch er nunmehr stillschweigend erklärt,

---

Versicherung des Lokalbankiers dem Zentralbankier gegenüber über das ihm zustehende Verfügungsrecht verlangt ist.

[1]) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 41 S. 31, auch abgedruckt in D.J.Z. Bd. III S. 190; Entsch. d. Kammergerichts in D.J.Z. Bd. II S. 366; Stenglein Anm. 3 zu § 8; Salings Börsenpapier Bd. I S. 408. Anderer Meinung Risser S. 49f.; Schweyer S. 138; v. Pechmann S. 47; Lusensky S. 75.

dass diese Papiere seine eigenen seien, so rechtfertigt sich aus diesem Widerspruche in seinen Erklärungen im Interesse des Kunden eine Prüfungspflicht des Zentralbankiers. Es kann ja sein, dass der Lokalbankier späterhin das Eigentum der Papiere rechtmässig erworben hat; aber wenn dies der Fall ist, wird er auch leicht dafür einen Nachweis erbringen können.

Die Mitteilungspflicht des § 8 Dep.-Ges. greift sowohl bei der Verkaufs-, wie bei der Einkaufskommission[1]) Platz. Im ersteren Falle muss der Lokalbankier, der die ihm zum Verkaufe übergebenen Wertpapiere durch den Zentralbankier verkaufen lässt, die Mitteilung machen, dass die Papiere fremde seien; im letzteren Falle muss der Lokalbankier, der einen ihm erteilten Auftrag zum Ankaufe von Wertpapieren dadurch ausführt, dass er einen Zentralbankier beauftragt, für ihn zu kaufen, diesem mitteilen, dass die Anschaffung für fremde Rechnung erfolge. Die Mitteilungspflicht entfällt, wie schon ausgeführt, wenn der Lokalbankier von seinem Selbsteintrittsrechte Gebrauch macht.

Die Mitteilung hat lediglich zu lauten, dass die Papiere fremde seien, resp. dass deren Anschaffung für fremde Rechnung erfolge. In der Literatur herrscht Streit darüber, ob in der Erklärung: „In Kommission" eine der Vorschrift des § 8 Dep.-Ges. entsprechende Mitteilung zu finden sei. Risser[2]) und im Anschlusse daran Stenglein[3]) verneinen, v. Pechmann[4]) bejaht dies. Schweyer[5]) ist der Ansicht, dass dies Tatfrage, aber in der Regel zu bejahen sei. Ich möchte mich letzterer Ansicht anschliessen. Kann der Zentralbankier annehmen, dass der Lokalbankier mit seiner blossen Erklärung:

---

[1]) Der Entwurf des Bankdepotgesetzes hatte es abgelehnt, diese Verpflichtung bei Weitergabe von Einkaufskommissionen dem Lokalbankier aufzulegen (vgl. Begründung S. 83), um dadurch Schwierigkeiten zu vermeiden. Die Ausdehnung hierauf beruht auf einem Beschlusse der Reichstagskommission (Kommissionsbericht S. 6).

[2]) s. S. 44.

[3]) s. Anm. 1 zu § 8.

[4]) s. S. 46.

[5]) s. S. 137.

„In Kommission", ohne Zusatz, dass die Papiere fremde seien oder die Anschaffung für fremde Rechnung erfolge, nur zum Ausdrucke habe bringen wollen, dass es sich zwar um einen Kommissionsauftrag handele, er — der Lokalbankier — aber von seinem Selbsteintrittsrechte Gebrauch gemacht habe, so kann er die Papiere dem Depot A zufügen. Diese Annahme des Zentralbankiers kann sich insbesondere darauf stützen, dass ihm der Sinn der Ausdrucksweise des Lokalbankiers aus dem Geschäftsverkehr mit diesem bekannt ist. Liegt dagegen ein Anhaltspunkt für eine derartige Annahme nicht vor, so ist in dem Ausdrucke „In Kommission" eine Mitteilung nach § 8 Dep.-Ges. mit der dort bezeichneten Wirkung zu erblicken.

Es bleibt noch zu erwägen, welche Bedeutung für die Mitteilungspflicht des Lokalbankiers bei der Einkaufskommission der diesem gegenüber erklärte Verzicht auf das Stückeverzeichnis hat. Im Gesetze selbst ist hierüber nichts bestimmt. Es kommt darauf an, welche Bedeutung der Verzicht auf das Stückeverzeichnis überhaupt hat. Bedeutet er einen Verzicht auf die Eigentumsübertragung überhaupt, dann entfällt auch die Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.-Ges. Die Sache ist dann ganz analog wie beim Selbsteintritt des Kommissionärs gelagert. Wenn der Kommittent darauf verzichtet, Eigentümer bestimmter Stücke zu werden und sich lediglich mit seinem obligatorischen Anspruche gegen den Lokalbankier begnügt, würde einer Mitteilung, dass die Anschaffung für fremde Rechnung erfolgt ist, jeder Zweck fehlen. Hat dagegen der Verzicht auf das Stückeverzeichnis nur die Bedeutung eines Verzichtes auf diese Art der Eigentumsübertragung, dann besteht die Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.-Ges. uneingeschränkt.[1])

Bei den Kommissionsgeschäften verfolgt die in § 8 normierte Mitteilungspflicht insbesondere den Zweck, im Falle des Konkurses des Lokalbankiers dessen Kunden gegenüber dem Zentralbankier ein Aussonderungsrecht zu gewähren.

[1]) Gleicher Meinung Lusensky S. 76. Anderer Meinung v. Pechmann S. 43. Dieser ist der Ansicht, dass in jedem Falle eine Mitteilung erfolgen müsse.

Betrachten wir zunächst die Verkaufskommission, so ergeben sich folgende Unterschiede:

1. Liegen die Papiere noch unverkauft bei dem Zentralbankier, dem sie bei der Einlieferung als fremde bezeichnet wurden, so kann im Konkurse des Lokalbankiers dessen Kunde die Effekten direkt vom Zentralbankier herausverlangen. Er ist Eigentümer der Papiere geblieben und kann sein Eigentumsrecht gegen jeden Besitzer geltend machen.

2. Sind dagegen die Papiere durch den Zentralbankier verkauft worden, so ist zu unterscheiden:

a) Der Zentralbankier hat den Kaufpreis bereits an den Lokalbankier ausbezahlt. Dann hat der Kunde kein Aussonderungsrecht mehr, sondern lediglich eine gewöhnliche Konkursforderung. Durch den Verkauf seitens des Zentralbankiers hat der Kunde sein Eigentum an den Käufer verloren. Es steht ihm dann lediglich ein Anspruch auf Auszahlung des Kaufpreises zu. Der Zentralbankier ist durch seine Leistung an den Lokalbankier von der Verpflichtung zur Ausbezahlung des Kaufpreises schlechthin befreit worden.[1]) Der Kunde kann infolgedessen seine Forderung nur gegen die Konkursmasse des Lokalbankiers als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen.

b) Ist dagegen der Kaufpreis vom Zentralbankier noch nicht an den Bankier gezahlt, so kann der Kunde den Anspruch des Lokalbankiers auf Auszahlung des Kaufpreises gegen den Zentralbankier direkt geltend machen. Er muss sich aber gemäss § 53 f. K.O. gefallen lassen, dass der Zentralbankier dieser Kaufpreisforderung gegenüber diejenigen Forderungen aufrechnet, welche er gegen den Zentralbankier hat.[2])

---

[1]) Vgl. § 392 H.G.B.

[2]) Vgl. Risser S. 52; Lusensky S. 79; Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 5, 8, 2, 11, 9 zu § 392. Stenglein Anm. 4 zu § 8 ist der Ansicht, dass eine derartige Aufrechnung ausgeschlossen sei, weil dem Zentralbankier ja durch die Mitteilung bewusst geworden sei, dass er fremdes Geld in Händen habe. Dies dürfte, so führt Stenglein aus, die Anwendung des § 54 K.O. ausschliessen. Diese liesse sich nicht dadurch rechtfertigen, dass die Zahlung an den Zwischenbankier erfolgen könne, denn an diesen werde nur als Beauftragten des dem Zentralbankier meist unbekannten Kommittenten

Bezüglich des Aussonderungsrechtes des Kunden bei der Einkaufskommission sind ebenfalls verschiedene Fälle zu unterscheiden:

1. Hat der Zentralbankier den Eigentumsübertragungsakt durch Uebersendung des Stückeverzeichnisses oder in sonstiger Weise auf den Lokalbankier und dieser auf seinen Kommittenten vollzogen, so kann letzterer im Konkurse des Lokalbankiers die im Depot des Zentralbankiers verbliebenen Effekten kraft seines Eigentumsrechtes von diesem direkt herausverlangen.

2. Hat der Zentralbankier den Eigentumsübertragungsakt zugunsten des Lokalbankiers noch nicht vorgenommen, so kann der Kommittent gemäss § 392 H.G.B. den der Konkursmasse des Lokalbankiers zustehenden Anspruch auf Vornahme des Eigentumsübertragungsaktes für sich selbst gegen den Zentralbankier geltend machen. Es ergibt sich infolgedessen hier im Endergebnis dasselbe Resultat wie im Falle 1.

3. Hat dagegen der Zentralbankier den Eigentumsübertragungsakt zugunsten des Lokalbankiers, dieser aber denselben noch nicht zugunsten des Kommittenten vorgenommen, so hat letzterer lediglich eine gewöhnliche Konkursforderung. Denn durch den Eigentumsübertragungsakt seitens des Zentralbankiers ist der Lokalbankier Eigentümer geworden, fallen also die Papiere in seine Konkursmasse. Dagegen hat der Lokalbankier noch nicht das Eigentumsrecht an den Papieren erworben, sondern er hat lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Lokalbankier.

In Kürze sei auch noch auf die Streitfrage eingegangen,

---

gezahlt. Diese Ansicht ist unzutreffend. Der Zentralbankier ist berechtigt und verpflichtet, den Lokalbankier als seinen alleinigen, selbständigen Gläubiger zu betrachten und nicht lediglich als einen Bevollmächtigten. Das interne Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär ist für das Verhältnis des letzteren zum Zentralbankier gleichgültig. Der Zentralbankier kann deshalb seine Schuld dem Lokalbankier gegenüber in jeder gesetzlich zulässigen Weise tilgen, also auch durch Aufrechnung, und zwar auch dann, wenn eine Kundgebung des Kommissionsverhältnisses erfolgt ist (vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 32 S. 42). Diese Aufrechnungsmöglichkeit erfährt auch im Konkurse des Lokalbankiers keine Beschränkung.

ob eine Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.-Ges. besteht, wenn der Dritte, dem die Papiere ausgeantwortet werden oder an dem ein Kommissionsauftrag weitergegeben wird, seinen Wohnsitz im Auslande hat.[1]) Ich möchte dies bejahen. Es ist zwar richtig, dass der Gesetzgeber Vorschriften über den Geltungsbereich seiner Gesetze hinaus nicht geben kann und will, und dass im Auslande möglicherweise an eine Mitteilung nach § 8 Dep.-Ges. keine Rechtsfolge wie im Inlande sich anknüpft. Der Gesetzgeber hat aber dem Bankier die Mitteilungspflicht des § 8 ohne Beschränkung auferlegt und es geht nicht an, die erwähnte Einschränkung im Wege der Gesetzesauslegung zu machen. Möglicherweise kann ja das ausländische Recht die gleiche Rechtsfolge an eine derartige Mitteilung knüpfen, möglicherweise kann auch der ausländische Bankier freiwillig einer solchen Mitteilung die gleiche Bedeutung zumessen, wie sie nach deutschem Rechte besitzt.

Gehen wir nun wieder zu dem Zurückbehaltungsrechte an Depots im allgemeinen zurück, so finden wir, dass beim regulären Depot, und zwar in gleicher Weise beim offenen wie geschlossenen Depot, sowohl das gewöhnliche, als auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann. Beim irregulären Depot dagegen ist das kaufmännische Retensionsrecht und das Zurückbehaltungsrecht gemäss § 273 Abs. II B.G.B. ausgeschlossen, weil hier die deponierten Effekten in das Eigentum des Verwahrers übergehen und ein Zurückbehaltungsrecht an eigener Sache nicht bestehen kann. Die Vorschrift des § 369 Abs. I S. 2 H.G.B. kann hier keine Anwendung finden, weil diese Bestimmung nur die Fälle im Auge hat, in denen zwar das Eigentum bestimmter Sachen auf den Gläubiger übergeht, dieser aber verpflichtet ist, genau die gleichen Sachen wieder auf den Schuldner zurück zu übereignen. Beim irregulären Depot aber hat der Verwahrer nicht die in sein Eigentum übergegangenen Stücke zurückzuerstatten, sondern nur eine gleich grosse Quantität gleichartiger Wertpapiere zurückzugewähren.

[1]) Risser S. 55 f.; Stenglein Anm. 5 zu § 8 bejahen; v. Pechmann S. 42; Lusensky S. 80 und Schweyer S. 140 verneinen dies.

Nur ein Zurückbehaltungsrecht gemäss § 273 Abs. I B.G.B. ist beim irregulären Depot möglich.

Beim Summendepot besteht ein Zurückbehaltungsrecht jeglicher Art für den Bankier an den jeweils im Depot des Kunden liegenden Stücken.

Schwierig gestaltet sich die Frage nach dem Zurückbehaltungsrechte beim Sammeldepot. Ohne Zweifel hat der Verwahrer wegen seiner auf Grund des Depotverhältnisses gegen einen einzelnen oder gegen die Gesamtheit der Miteigentümer entstandenen Forderung ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. I B.G.B. Ebenso unzweifelhaft hat der Verwahrer auch ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht und ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. II gegen die Gesamtheit der Miteigentümer wegen seiner Forderungen gegen diese Gemeinschaft als solche. Schwierigkeiten macht nur die Frage, ob er auch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. II und ein kaufmännisches Retensionsrecht gegen den einzelnen Miteigentümer hat, der die seinem Anteil entsprechende Anzahl Wertpapiere herausverlangt. Man könnte auf Grund der Erwägung, dass der einzelne Hinterleger nur einen obligatorischen Anspruch auf Ausantwortung einer der Grösse seines Anteiles entsprechenden Menge der im Miteigentum aller Hinterleger stehenden Wertpapiere hat, aber kein Sondereigentum an einem bestimmten Teile, somit keine Wertpapiere des Schuldners, d. h. Wertpapiere, welche im Eigentume des Schuldners stehen, vorliegen, leicht zu dem Resultate kommen, dass es beim Sammeldepot am Objekte des kaufmännischen Retensionsrechtes wie des Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 Abs. II fehle, diese somit ausgeschlossen seien. Es ist aber zu berücksichtigen, dass der Verwahrer jederzeit in der Lage ist, ein Sondereigentum des einzelnen Hinterlegers, der zugleich sein Schuldner ist, zu schaffen. Die Vereinbarung eines Sammeldepots gibt ihm nur das Recht, die hingegebenen Stücke mit anderen gleichartigen gemeinschaftlich aufzubewahren, aber sie verpflichtet ihn nicht hierzu; er kann die betreffenden Stücke auch gesondert verwahren. Er ist auch jederzeit berechtigt, eine dem Anteile seines Schuldners

am Sammeldepot entsprechende Menge von Wertpapieren für diesen aus dem Sammeldepot herauszunehmen und gesondert zu verwahren, also ein Objekt für sein Zurückbehaltungsrecht zu schaffen. Selbst wenn man dieses Recht des Bankiers verneinen wollte, so hätte er zweifellos in dem Momente, wo der Hinterleger seinen Anteil zurückverlangt und der Verwahrer, um seiner Rückgabepflicht zu genügen, einen entsprechenden Teil aus dem Sammeldepot für den Hinterleger aussondert, in diesen ausgesonderten Papieren ein Objekt seines Zurückbehaltungsrechtes im Besitz. Daraus ergibt sich, dass auch beim Sammeldepot ein kaufmännisches Retensionsrecht und ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. II B.G.B. besteht.

Auch beim Tresordepot besteht ein Zurückbehaltungsrecht jeglicher Art zugunsten des Bankiers. Da der Tresordepotvertrag nicht als reiner Mietvertrag aufzufassen ist, so kann auch von einem Pfandrechte des Bankiers an den im Tresor ruhenden Effekten analog dem Pfandrechte des Vermieters gemäss § 559f. B.G.B. nicht die Rede sein. Man könnte annehmen, dass dem Bankier auch kein Zurückbehaltungsrecht an diesen Effekten zustehe, da er weder eine tatsächliche noch eine rechtliche Verfügungsmacht darüber hat. Die Effekten stehen aber im Mitbesitze des Bankiers und dieser Mitbesitz genügt zum Bestehen des Zurückbehaltungsrechtes.[1])

Die Realisierung des Zurückbehaltungsrechtes erfolgt in Gemässheit der Vorschriften des § 371 H.G.B. Hervorgehoben sei nur, dass die Verwertung der deponierten Wertpapiere, sofern diese einen Börsenpreis haben, durch freihändigen Verkauf durch einen öffentlichen Handelsmakler erfolgen kann.[2])

Ausser dem Zurückbehaltungsrechte können noch andere Einwendungen gegen die Rückforderung des Depots seitens des Hinterlegers in Betracht kommen. In Kürze soll nur noch auf die Frage eingegangen werden, ob der Verwahrer dieser Forderung des Hinterlegers den Einwand entgegen

---

[1]) Vgl Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 7 zu § 368; Entsch. d. R.G. Bd. 37 S. 31.

[2]) Vgl. § 371 Abs. II H.G.B., § 1221 B.G.B.

setzen kann, dass ein anderer oder er — der Verwahrer — selbst Eigentümer des zurückverlangten Depots sei. Die Einwendung, dass einem Dritten am Depot das Eigentum zustehe, kann der Verwahrer nicht geltend machen. Der Verwahrer braucht und darf nicht nachprüfen, ob der Rückforderungsanspruch des Hinterlegers nicht etwaige Rechte Dritter verletzt, sofern nicht die Hinterlegung mit der Erklärung erfolgt ist, dass der Hinterleger in seinem Verfügungsrechte beschränkt sei. Das wäre von Seiten des Verwahrers aus eine unstatthafte *exceptio de iure tertii.*

Die Frage, ob der Verwahrer dem Rückforderungsanspruche des Hinterlegers den Einwand des eigenen Eigentums entgegensetzen kann, lässt sich allgemein weder bejahen, noch verneinen.[1]) Wendet der Verwahrer beispielsweise ein, dass er das Eigentum an den deponierten Stücken schon vor Abschluss des Depotvertrages besessen und diese, unwissend, dass es seine eigenen Effekten seien, in Depot genommen habe, so ist dieser Einwand dem Hinterleger gegenüber, der von einem Dritten, angeblich Berechtigten, das Eigentum oder Pfandrecht in gutem Glauben erworben hat, unzulässig. Die dem Hinterleger für den Eigentumsprozess infolge seines mittelbaren Besitzes günstige Rechtsstellung der Beklagtenrolle darf ihm durch eine derartige Einwendung des Verwahrers nicht entzogen werden. Anders dagegen verhält es sich, wenn der Verwahrer behauptet, dass er vom Hinterleger selbst im Laufe des Depotverhältnisses das Eigentum erworben habe. Dann ist die dem Rückforderungsanspruche des Hinterlegers entgegengesetzte Einwendung des Eigentums des Verwahrers zulässig. Diese Einwendung ist eben dann nichts anderes, als ein Einwand, dass eine vertragsmässige Aufhebung des Verwahrungsverhältnisses stattgefunden habe.

---

[1]) Vgl. Planck Anm. 2 zu § 556; Entsch. d. R.G. Bd. 15 S. 210, Bd. 25 S. 182; Oertmann, Kommentar Anm. 2 zu § 695.

§ 14.

Die Beendigung der Depotverträge.

Das Depotverhältnis endigt mit der rechtmässigen Zurückgabe der deponierten Wertpapiere. Auch hier zeigt sich der Charakter des Depotvertrages als eines Realvertrages. Nicht schon mit der auf Auflösung des Depotverhältnisses durch Rückgabe gerichteten Erklärung des Hinterlegers oder Verwahrers, auch nicht mit der Annahme dieser Erklärung seitens des Gegenkontrahenten erlischt das Depotverhältnis, sondern erst mit der tatsächlichen Rückgabe der deponierten Effekten. Das ergibt sich klar und deutlich aus dem in den §§ 695 und 696 B.G.B. gewählten Wortlaute. In § 695 spricht das Gesetz von „Zurückfordern", nicht von „Widerrufen", in § 696 von einem „Verlangen der Rücknahme", nicht von „Kündigung", um dadurch zum Ausdrucke zu bringen, dass diese Erklärungen nur ein Grund sind, um die Beendigung des Depotvertrages herbeiführen zu können, aber nicht die Beendigung selbst bedeuten.

Ausser durch Rückgabe kann das Depotverhältnis noch durch eine Vereinbarung zwischen Hinterleger und Verwahrer, welche dem letzteren das Eigentum überträgt, z. B. auf Grund eines Kaufvertrages, zum Erlöschen gebracht werden. Da der Verwahrer sich bereits im Besitze des Depots befindet, so genügt ja gemäss § 929 S. 2 B.G.B. zu Eigentumsübertragung die Einigung über den Uebergang des Eigentums.

Selbstverständlich erlischt das Depotverhältnis auch dann, wenn die deponierte Sache vollständig vernichtet wird. Inwieweit in diesem Falle eine Schadensersatzpflicht des Verwahrers an die Stelle seiner ursprünglichen Rückerstattungspflicht tritt, ist Tatfrage, welche vom Verschulden des Verwahrers abhängt.

Ablauf der vereinbarten Depotzeit, Tod des Verwahrers oder Hinterlegers, Konkurs dieser Personen usw. sind nur Gründe, welche die Beendigung des Depotverhältnisses herbeiführen können, aber noch nicht die Beendigung selbst bedeuten. Im vorstehenden wurde nur an sogenannte abso-

lute Beendigungsgründe gedacht, d. h. an Gründe, welche das Depotverhältnis schlechthin zum Erlöschen bringen. Daneben gibt es auch relative Beendigungsgründe. Das sind solche, welche das Depotverhältnis nur in Beziehung zweier oder mehrerer bestimmter Personen zueinander zum Erlöschen bringen, aber zwischen anderen Personen fortbestehen lassen. Als relativen Beendigungsgrund haben wir zunächst die Vereinbarung, durch welche bestimmt wird, dass der bisherige Hinterleger aus seiner Rechtsstellung gegenüber dem Verwahrer ausscheidet und diese voll und ganz einem Dritten einräumt. Das ist der Fall, wenn der bisherige Hinterleger einem Dritten die deponierten Effekten übereignet durch Abtretung seines Anspruches gegen den Verwahrer auf Rückgewähr (§ 931 B.G.B.). Mit dem Abschluss einer solchen Vereinbarung erlischt das Depotverhältnis zwischen dem bisherigen Hinterleger und Verwahrer.[1]) Der Verwahrer braucht dieses Erlöschen allerdings erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er davon Kenntnis erhält.[2])

Umgekehrt erlischt das Depotverhältnis infolge einer Vereinbarung, dass der bisherige Verwahrer das Depot an einen Dritten herausgeben soll, der dann das Depot für den bisherigen Hinterleger weiter verwahren soll, im Verhältnisse zwischen dem Hinterleger und dem bisherigen Verwahrer, nicht schon mit dem Abschlusse dieser Vereinbarung, sondern erst dann, wenn das Depot an den neuen Verwahrer tatsächlich ausgeliefert ist.

Als relativer Beendigungsgrund ist auch der Konkurs des Verwahrers oder Hinterlegers anzusehen. Mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer dieser Personen tritt diese aus dem Depotverhältnis aus und die Konkursmasse, vertreten durch den Konkursverwalter, an deren Stelle.

Endlich ist noch als relativer Beendigungsgrund der Tod des Verwahrers oder Hinterlegers in Betracht zu ziehen. Es treten dann die Erben an die Stelle der verstorbenen Person in das Depotverhältnis ein. Natürlich müssen die Erben des

[1]) S. § 398 B.G.B.

[2]) Vgl. § 406 f. B.G.B.

Hinterlegers sich als solche der Bank gegenüber ausweisen, wenn sie das Depot des Erblassers herausverlangen. Es ist häufig in den Depotordnungen der Banken bestimmt, dass diese Legitimation der Erben in bestimmter Weise beigebracht werden müsse, z. B. durch ein Zeugnis des Nachlassgerichtes, wodurch bestätigt wird, dass gegen die Herausgabe des Depots an eine bestimmte Person kein Hindernis besteht, oder durch einen Erbschein.[1]) Fehlt es aber an einer solchen Bestimmung, dann können die Erben durch ein formgültiges Testament des Erblassers sich hinreichend legitimieren. Das Vorlegen eines Erbscheines ist nicht erforderlich.[2]) Im Ge-

[1]) Vgl. z. B. Bestimmungen der bayr. Handelsbank über die Aufbewahrung von Wertpapieren A 20.

[2]) Vgl. Entsch. d. R.G., III. Ziv.-Sen. vom 1. Mai 1903 in I. W. 1903 Beil. 9 S. 84. Gegen diese Entscheidung wendet sich ein Artikel der Frankfurter Zeitung vom 15. Juli 1903, welcher ausführt, dass diese Entscheidung im Interesse der Verkehrssitte keineswegs unbedenklich erscheine, da demnach auch das eigenhändige Testament als genügender Beweis zu betrachten sei. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Banken hinsichtlich der Legitimationsprüfung der Erben bei der oft bedeutenden Höhe des Depots schlechter gestellt sein sollten als der Grundbuchrichter, für den gemäss § 36 der Grundbuchordnung als Nachweis der Erbfolge eine Verfügung von Todes wegen in einer öffentlichen Urkunde erforderlich sei. Die bisherige Praxis bei den Banken sei die gewesen, dass, sofern nicht etwa die Empfänger und deren Verhältnisse ihnen persönlich als einwandfrei bekannt waren oder das Objekt ein geringes war, sie stets die Vorlage eines Erbscheines verlangten. Hierbei seien sie von der Erwägung ausgegangen, dass auch ein formgültiges Testament keine Sicherheit dafür biete, dass es nicht durch ein späteres aufgehoben oder geändert sei (§ 2258 B.G.B.), der Erbschein dagegen durch die ihm gesetzlich beigelegte Vermutung, dass dem darin als Erbe Bezeichneten das Erbrecht zustehe, eine absolute Sicherheit auch gegen später etwa auftretende veränderte Erbansprüche biete. Die Einführung des Erbscheines auch bei Verfügungen von Todes wegen sei eben dem Bedürfnis entsprungen, den Verkehr zu erleichtern (?) und zu sichern. — Mögen diese Erwägungen auch im wesentlichen zutreffend sein, so können sie doch nicht dazu führen, etwas als gesetzliches Erfordernis zu bezeichnen, wofür im Gesetze selbst nicht der geringste Anhaltspunkt gegeben ist. Diese Gründe können höchstens zu einer gesetzgeberischen Tätigkeit Veranlassung geben. Im übrigen sind die Banken dadurch, dass für sie jedes formgültige Testament, also ein geringeres Erfordernis ausreichend ist, nicht schlechter, sondern besser gestellt wie der Grundbuchrichter. Das Verlangen eines Erbscheines in jedem Falle erleichtert auch den Verkehr nicht, sondern erschwert ihn. Es

setze ist bezüglich der Legitimation des Erben nichts bestimmt. Aus dem Schweigen des Gesetzes ist zu folgern, dass es eine derartige Belästigung der Erben nicht gewollt hat; es ist auch eine diesbezügliche Verkehrssitte nicht nachweisbar. Selbstverständlich ist aber der Bankier auf Grund eines Testamentes zur Herausgabe des Depots nur dann befugt, wenn er keinen Anlass hat, an der Echtheit und Gültigkeit des vorgelegten Testamentes zu zweifeln und auch bezüglich der rechtlichen Auslegung desselben kein Zweifel besteht. Sind diese Erfordernisse nicht gegeben, dann darf die Bank das Depot nur auf Anweisung des Gerichts oder Vorlegen eines Erbscheines herausgeben.

Hat der Bankier bei der Herausgabe des Depots an einen Nichtberechtigten weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt, dann kann der richtige Erbe gegen ihn keinen Anspruch mehr erheben, sondern nur gegen den Empfänger des Depots (vgl. § 2018 B.G.B.). Ist dem aber nicht so, dann ist der Bankier schadensersatzpflichtig.

---

steht natürlich nichts im Wege, wenn sich die Banken vertragsmässig das Recht einräumen lassen, in jedem Falle das Vorlegen eines Erbscheines verlangen zu können.